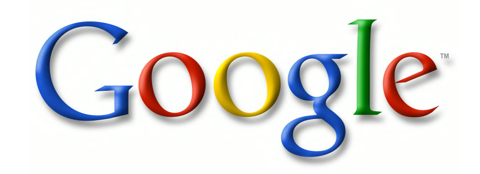
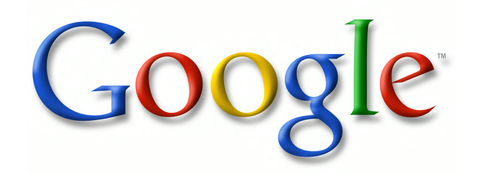






Systematisches Handbuch
der
Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung

der Professoren **Dr. H. Brunner** in Berlin, **Dr. E. Brunnenmeister** in Halle, **Dr. O. Bülow** in Leipzig, **Dr. H. Degenkolb** in Tübingen, **Dr. V. Ehrenberg** in Rostock, **Dr. A. Franken** in Jena, des General-Procurators **Dr. J. Glaser** in Wien, der Professoren **Dr. A. Grawein** in Czernowitz, **Dr. A. Haenel** in Kiel, **Dr. R. Heinze** in Heidelberg, **Dr. A. Heusler** in Basel, **Dr. R. v. Jhering** in Göttingen, **Dr. P. Krüger** in Königsberg, **Dr. P. Laband** in Strassburg, **Dr. F. v. Martitz** in Tübingen, **Dr. E. Meier** in Halle, **Dr. Th. Mommsen** in Berlin, **Dr. F. Regelsberger** in Göttingen, **Dr. W. v. Rohland** in Dorpat, **Dr. A. Schmidt** in Leipzig, **Dr. R. Sohm** in Strassburg, **Dr. A. Wach** in Leipzig, **Dr. R. Wagner** in Leipzig, **Dr. B. Windscheid** in Leipzig

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,

Professor in Leipzig.

Zweite Abtheilung, zweiter Theil, erster Band:

Heusler, Institutionen des Deutschen Privatrechts. Band I.



Leipzig,

Verlag von Duncker & Humblot.

1885.

Institutionen

des

Deutschen Privatrechts.

Von

Dr. Andreas Heusler.

Erster Band.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1885.



Pierer'sche Hofbuchdruckerei. Stephan Geibel & Co. in Altenburg.

Inhaltsverzeichnis.

Zweites Buch.

Die Rechtssubjecte.

Erster Abschnitt.

Physische Personen.

Erstes Kapitel. **Rechtsfähigkeit.**

Drittes Buch.

Die Rechtsobjecte.

Erläuterung der Abkürzungen.

Aist. = Edictum Aistulphi in den Leges Langobardorum.

Baur = Hessische Urkunden, herausg. von Baur. Darmstadt 1860 ff.

Behrend = Lex Salica, herausg. von J. Behrend, nebst den Capitularien zur lex Salica bearb. von A. Boretius. Berlin 1874.

Boretius = Capitularia Regum Francorum ed. Boretius. Monumenta Germaniae historica. Legum sectio II. tomus I. Hannover 1883. 4.

Bréquigny-Pardessus = Diplomata, chartae, epistolae, leges aliaque instrumenta ad res Gallo-Francicas spectantia, prius collecta a de Bréquigny et la Porte du Theil, nunc nova ratione ordinata ed. J. Pardessus. II tomi. Lut. Par. 1843. fol.

Brünner Schöffenbuch s. Rössler.

Cart. = Cartulaire.

C. d. = Codex diplomaticus.

C. d. Anhaltinus, herausg. von O. v. Heinemann. Dessau 1867 ff. 4.

C. d. Francof. = Codex diplomaticus Moenofrancofurtanus, ed. Böhmer. Frankfurt a. M. 1836. 4.

C. d. Fuldensis, herausg. von E. F. J. Dronke. Kassel 1850. 4.

C. d. Langob. = Codex diplomaticus Langobardiae, Bd. 13 der Monumenta historiae patriae ed. jussu regis Caroli Alberti. Aug. Taur. fol.

Cod. Cav. = Codex diplomaticus Cavensis ed. Morcaldi etc. La Cava. 4.

Cod. Lauresh. = Codex Laureshamensis diplomaticus. Manhemii 1768. 4.

DR = Deutsches Recht.

Dsp = Der Spiegel deutscher Leute, herausg. von Ficker. Innsbr. 1859.

Freyberg = Sammlung historischer Schriften und Urkunden von Frh. v. Freyberg. 5 Bände. Stuttg. und Tüb. 1827 ff. Das bayerische Landrecht in Bd. 4.

Fumagalli = Codice diplomatico Sant' Ambrosiano delle carte etc. illustr. da Fumagalli. Milano 1805. 4.

Gosl. Stat. = Die Goslarischen Statuten, hrsg. von Göschen. Berl. 1840.

Grim. = Edictum Grimoaldi in den Leges Langobardorum.

Gudenus = Codex diplomaticus anecdotorum res Mogontinas etc. illustrantium, ed. Gudenus. Gött. 1743 ff. 4.

Gudenus, Syll. = Sylloge variorum diplomatariorum. 1728.

Hach = Das alte lübische Recht, hrsg. von Hach. Lübeck 1839.

Hallische Schöffenb. = Die Hallischen Schöffenbücher, herausg. von G. Hertel. Erster Theil Halle 1882. Bd. 14 der Geschichtsquellen der Provinz Sachsen.

Hamb. Stdtr. = Die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs, herausg. von Lappenberg. Hamburg 1845.

Henneb. UB. = Hennebergisches Urkundenbuch, hrsg. von Schöppach. Meiningen 1842 ff. 4.

Hist. Frising. = Historia Frisingensis . . . a C. Meichelbeck. Aug. Vind.

1724. Die Nummern beziehen sich auf die Urkunden der pars instrumentaria des ersten Bandes.

Homeyer = Des Sachsenspiegels zweiter Theil, nebst den verwandten Rechtsbüchern. Berlin 1842.

J = Jahrbuch, Jahrbücher.

KrV = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, herausg. von Pözl.

Lex Alamannorum, Lex Baiwariorum, Lex Burgundionum, Lex Frisionum } in Pertz, Mon. Germ. histor. Legum tomus III.

Leges Langobardorum in Pertz, Mon. Germ. hist. legum tomus IV.

Lex Salica s. Behrend.

Lex Ribuaria, Lex Saxonum, Lex Thuringorum } in Pertz, Mon. Germ. hist. Leg. tomus V.

Lex Wisigothorum in Walter, Corpus juris Germanici tomus I.

Lib. Pap. = Liber Papiensis ed. Boretius in Pertz, Mon. Germ. historica Legum tom. IV.

Liutpr. = Edictum Liutprandi in den Leges Langobardorum.

Lüb. R. s. Hach.

Lupi = Codex diplomaticus civitatis et ecclesiae Bergomatis. II tomi. Berg. 1784. fol.

Magd. Fr. = Die Magdeburger Fragen, hrsg. von Behrend. Berlin 1865.

Martene et Durand = Collectio veterum scriptorum et monumentorum amplissima. 9 vol. Paris 1724 ff. fol.

Mon. Bo. = Monumenta Boica. Monach. 1763 ff. 4.

Mone, Z = Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins.

MR. UB. = Urkundenbuch zur Geschichte der . . . mittelrheinischen Territorien, hrsg. von Beyer. 3 Bde. Koblenz 1860 ff.

Muratori, Ant. It. = Antiquitates Italicae medii aevi. VI vol. Mediol. 1738 ff. fol.

NR. UB. = Urkundenbuch für die Geschichte des Niederrheins, hrsg. von Lacomblet. 4 Bde. Düsseld. 1840 ff. 4.

Oelrichs = Sammlung alter u. neuer Gesetzbücher der Stadt Bremen, hrsg. von Oelrichs. Bremen 1771. 4.

Ortloff = Das Rechtsbuch nach Distinctionen, herausg. von Ortloff. (Sammlung deutscher Rechtsquellen von O. Bd. 1.) Jena 1836.

Pérard = Recueil de plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de Bourgogne. Paris 1664. fol.

Pertz = Monumenta Germaniae historica. Legum tomus I.—V. Hannover 1835 ff. fol.

K. Pertz = Monumenta Germaniae historica. Diplomatum imperii tom. I. Hannover 1872. fol.
M = Diplomata Merovingica.
A = Diplomata maiorum domus e stirpe Arnulforum.

Pr R = Privatrecht.

RB. = Rechtsbuch.

RB. nach Dist. s. Ortloff.

Reg. Westf. = Regesta historiae Westfaliae, bearb. von Erhard. 2 Bde. Münster 1847. 4.

Remling = Urkundenbuch zur Geschichte der Bischöfe zu Speier. Speier 1852.

Richtst. Landr. = Der Richtsteig Landrechts, herausg. von Homeyer. Berlin 1857.

Richtst. Lehnr. = Der Richtsteig Lehnrechts in Homeyers Sachsenspiegel, zweiter Theil Bd. 1.

Ried = Codex diplomaticus episcopatus Ratisbonensis ed. Ried. II tomi. Ratisb. 1816.

Rössler = Die Stadtrechte von Brünn aus dem 13. u. 14. Jahrhundert, hrsg. von Rössler. Prag 1852.

Roth. = Edictum Rothari in den Leges Langobardorum.

Rozière = Recueil général des formules usitées dans l'empire des Francs du 5. au 10. siècle. 3 tomes. Paris 1859 ff.

Schröder u. Lörsch = Urkunden zur Geschichte des deutschen Rechts, hrsg. von R. Schröder u. H. Lörsch. 2. Aufl. Bonn 1881.

Schwsp (L.) = Der Schwabenspiegel, hrsg. von Frh. v. Lassberg. Tübingen 1840.

Schwsp (W.) = Das Landrecht des Schwabenspiegels, hrsg. von Wackernagel. Zürich 1840.

Ssp = Des Sachsenspiegels erster Theil oder das sächsische Landrecht, hrsg. von Homeyer. 3. Aufl. Berlin 1861.

Ssp Lehnr. = Das sächsische Lehnrecht in Homeyers Sachsenspiegel, zweiter Theil Bd. 1.

Syst. Sch.-R. = Das Magdeburg-Breslauer systematische Schöffenrecht, hrsg. von Laband. Berlin 1863.

Trad. Corb. = Traditiones Corbeienses, hrsg. von P. Wigand. Leipzig 1843.

Trad. Garst., Trad. Richersp. = Traditiones Garstenses und Richerspergenses im UB. des Landes ob der Enns. Bd. 1.

Trad. Wissenb. oder Wizenb. = Traditiones possessionesque Wizenburgenses ed. Zeuss. Spirae 1842. 4.

Trouillat = Monuments de l'histoire de l'ancien évêché de Bâle, publ. par Trouillat. Porrentruy 1852 ff.

UB. = Urkundenbuch.

UB. Augsburg = Urkundenbuch der Stadt Augsburg, herausg. von Meyer. Augsb. 1874. 4.

UB. St. Gallen = Urkundenbuch der Abtei St. Gallen, hrsg. von Wartmann. Zürich 1863 ff. 4.

UB. Strassburg = Urkundenbuch der Stadt Strassburg Bd. 1, herausg. von Wiegand. Strassb. 1879. 4.

UB. Westfalen (Seibertz) = Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westfalen, hrsg. von Seibertz. Arnsberg 1839 ff.

Wasserschleben = Sammlung deutscher Rechtsquellen, herausg. von Wasserschleben. 1. (einziger) Band. Giessen 1860.

Westf. UB. (Wilmans) = Westfälisches Urkundenbuch, Bd. 3, hrsg. von Wilmans. Münster 1871. 4. (Die zwei ersten Bände sind die Regesta Westfaliae von Erhard.)

Wirt. UB. = Wirtembergisches Urkundenbuch, hrsg. vom kgl. Staatsarchiv in Stuttgart. Stuttg. 1849 ff. 4.

Z f. DR = Zeitschrift für deutsches Recht, hrsg. von Reyscher u. Wilda.

Z f. HR = Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, hrsg. von Goldschmidt.

Z f. RG = Zeitschrift für Rechtsgeschichte, hrsg. von Rudorff u. s. f.

Z f. schweiz. R = Zeitschrift für schweizerisches Recht, hrsg. von Schnell u. s. f.

Z f. schweiz. RQ = Zeitschrift für schweizerische Rechtsquellen, hrsg. von Schauberg.

Z f. vgl. RW = Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, hrsg. von Bernhöft u. a.

Zeumer = Monumenta Germaniae historica. Legum sectio V. Formulae, ed. Zeumer. Hannover 1882. 4.

Einleitung.

§ 1. 1. Die Aufgabe.

Was wir die christlich germanische Weltanschauung des Mittelalters nennen, ist kaum auf irgend einem Gebiete des deutschen Culturlebens zu schärferem Ausdrucke gelangt als auf dem des Rechtes. In den mannigfachsten Wendungen leihen die Rechtsaufzeichnungen dem Gedanken Worte, dass „Recht die Unterscheidung zwischen gut und böse und die natürliche Erkenntnis Gottes ist“[1], ja wie eine wehmüthige Sehnsucht nach dem verlorenen Paradiese, wie ein Seufzen der Creatur nach der Gerechtigkeit und der Wahrheit ihres Schöpfers klingt es durch die Rechtsbücher des Mittelalters hindurch, und in Bilderhandschriften derselben tritt uns auf den vordersten Blättern das erste Menschenpaar mit der Schlange unter dem Baume der Erkenntnis vor Augen, erinnernd an jenes todbringende Wort: Ihr werdet sein wie Gott und wissen was gut und böse ist. So wenig ist diese Verheissung des Vaters der Lüge in Erfüllung gegangen, der Mensch wie Gott geworden, selbst Recht und Gerechtigkeit, dass sich der nach Zeit und Inhalt ersten Rechtsaufzeichnung des deutschen Mittelalters mit übermächtiger Gewalt die Klage um die verlorene Gottgleichheit vor allem Anfange aufdrängt. Gott ist selbst das Recht, so hebt der Sachsenspiegel an, der Mensch aber hat im Paradiese Gott den Gehorsam gebrochen uns allen zu Schaden, und darum gingen wir irre als die hirtenlosen Schafe. Aber, fährt er fort, Gott hat uns erlöst und hat uns geladen, sein Recht und sein Gebot zu halten. Von Gott kommt, was von Recht auf Erden ist; und mag auch noch so viel Unrecht für Recht gehalten werden, es kommt nicht von Gott, sondern von unrechter Gewalt (vgl. Ssp III 42).

---

[1] Ostfries. Landrecht III 103. Vgl. überhaupt Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter S 6 ff.

Wie es nun schon für jedes Volk und für jede Zeit unzweifelhaft wahr ist, was Ranke ausgesprochen, dass es überhaupt keine menschliche Thätigkeit von wahrhaft geistiger Bedeutung giebt, die nicht in einer mehr oder minder bewussten Beziehung zu Gott ihren Ursprung hätte, und dies bei dem deutschen Volke vielleicht besonders sichtbar hervortritt, weil, nach desselben Schriftstellers Ausdruck, nichts mächtiger in Deutschland war als der religiöse Gedanke, so ist uns die eben hervorgehobene Rechtsanschauung des Mittelalters der sichere Zeuge dafür, dass auch auf dem Gebiete des deutschen Rechts und der deutschen Rechtsbildung das Gefühl dieses göttlichen Ursprungs und dieses Zusammenhangs mit Gott lebendig pulsierte. Naturgemäss tritt dies in den verschiedenen Theilen des Rechtes mehr oder weniger sichtbar oder verhüllt zu Tage; das Staatsrecht hat in dem Ideale der Aufrichtung eines universellen Gottesreiches auf Erden der Weltanschauung jener Zeit, die in der Wiedervereinigung mit Gott als dem Ziele der Menschheit gipfelt, den intensivsten Ausdruck gegeben; das Privatrecht hat an sich schon weniger Anlass, solche ideale Probleme hervorzukehren, es wird mit seinem auf die praktischen Bedürfnisse gerichteten Blicke immer auch eine grössere Nüchternheit bewahren, aber es kann sich doch von dem herrschenden Grundgedanken nicht absolut loslösen, es gilt gleichfalls als „Eingebung des Gottesgeistes, der das Gute liebt und das Böse lässt“ [2].

Daraus entnehme ich nun für die hier vorliegende Aufgabe das eine: wo das Wesen des Rechtes so tief und ernst erfasst wird, muss sich nothwendig auch der Rechtsgedanke in einem einheitlich abgeschlossenen, in sich vollkommenen Ganzen offenbaren. Denn Gott ist vollkommen, und ist Gott das Recht, so kann auch dieses nicht zufälliges Stückwerk sein, und wie dem Menschen als höchstes Ziel gesetzt ist, zu wachsen in der Erkenntnis Gottes bis zur Vollkommenheit der göttlichen Grösse, so wird auch ein Volk, so lange der Glaube an den göttlichen Ursprung des Rechtes in ihm lebt, in der Rechtsbildung auf allen Gebieten, dem des Privatrechts sowohl wie des öffentlichen Rechtes, das zusammenhängende, planvolle Walten und Wirken des göttlichen Geistes erkennen und zu verwirklichen suchen.

Aber da finden wir uns nun eben vor die Frage gestellt, ob es das deutsche Volk überhaupt zu einem wahrhaft einheitlichen, harmonischen Aufbau seines Privatrechtes gebracht habe, namentlich ob seine Rechtsbegriffe geläutert und fest genug gefasst gewesen seien, um die Grundlage eines in sich zusammenhängenden Rechtsorganismus

---

[2] v. Richthofen, Fries. RQ (westerlauwersches Landrecht) S 434.

abzugeben, der jetzt einer wissenschaftlichen Gestaltung als System fähig wäre. Der heutige Stand der germanistischen Rechtswissenschaft gestattet uns kaum eine zuversichtlich bejahende Antwort. Zwar das deutsche Privatrecht erscheint uns jetzt nicht mehr als das dürftige, unvollständige, zusammenhangslose, der Willkür und dem Zufalle anheimgegeben gewesene Conglomerat vereinzelter Rechtssätze, als welches es noch Anfangs dieses Jahrhunderts sich darbot, an die Stelle der vereinzelten Rechtssätze sind Rechtsformen und Rechtsinstitute getreten; aber auch diese stehen noch vielfach in ihrem Wesen schwankend, verschwommen vor unsern Augen, man denke nur an Genossenschaften, Gesammteigenthum, Reallasten und vieles andere, und man erhält oft den Eindruck, als sei das deutsche Recht nie zu einer sicheren Begriffsbildung gelangt und für die wichtigsten Verhältnisse in einer vagen Terminologie stecken geblieben, die, einer festen Grundlage entbehrend, auch keine sichere Durchführung principieller Begriffe habe aufkommen lassen, beispielsweise im Verfangenschaftsrechte, in der Succession des Erben, in der Behandlung der Ehefrau als Erbin bezüglich ihres Eingebrachten oder der Gerade, und in so manchem anderen. So verflüchtigt sich schliesslich das Privatrecht des deutschen Mittelalters doch wieder in eine Summe von Einzelerscheinungen, die durch kein inneres Band zusammengehalten sind, und eines Princips ist man sich, so scheint es, auch oft bei solchen Einzelerscheinungen so wenig bewusst, dass es, wenn überhaupt vorhanden, doch in der particularrechtlichen Zersplitterung sofort verloren geht[3].

Auf wissenschaftlichem Gebiete ist die Wirkung dieser Ansicht jedenfalls bis auf den heutigen Tag die gewesen, dass noch nie der Versuch ist gemacht worden, das deutsche Recht des Mittelalters in einem zusammenhängenden, vollständigen Systeme darzustellen. Denn die Lehrbücher der Rechtsgeschichte behandeln das Privatrecht ausnahmslos fragmentarisch, und das, was heutzutage unter dem Namen des deutschen Privatrechtes den Gegenstand der akademischen Vorlesungen und der vielen Lehr- und Handbücher bildet, giebt auch wiederum nicht das reine deutsche Recht in originalem Aufbau und abgerundetem System, sondern blos den stückweise übrig gebliebenen

---

[3] Darauf kommt hinaus, was Stobbe öfter hervorhebt, z. B. Reurecht und Vertragsschluss, Z f. RG XIII 217: „Ein in sich geschlossenes System kann weder nach der Natur unserer Quellen noch nach der Art der mittelalterlichen Rechtsentwicklung erwartet werden.“ Eintreten des Erben im Jahrb. d. gem. d. R V 339: „Es fehlte an einem durchschlagenden Princip und es gab in den verschiedenen Quellen nur eine Reihe von Regeln über die einzelnen Fälle, welche sich keinem allgemeinen Gedanken unterordnen lassen.“

germanistischen Rechtsstoff eingefügt und oft übel genug eingezwängt in das römische und zugleich moderne Rechtssystem und dessen bestimmte Kategorien und Begriffe: es ist nicht mehr der alte einheitliche Bau, sondern die trümmerhaften Ueberreste desselben sind in einem fremdartigen Bau verwendet und demselben mehr oder weniger assimiliert. Eben davon ist aber die unvermeidliche Folge, dass dieser germanistische Rechtsstoff dem Systeme eines Pandektenrechtes gegenüber als etwas zerstückeltes, zusammenhangsloses erscheint und in wahrer Knechtsgestalt und als blosser Lückenbüsser auftritt.

Daher ist doch immer noch verbreiteter als man denken sollte die Ansicht, dass die Eingangs besprochene ideale Grundauffassung des Rechtes in den mittelalterlichen Quellen mehr das Spiel jugendlicher Phantasie als das Resultat reifer Erkenntnis gewesen sei, dass sich darin höchstens eine dunkle Ahnung von dem Wesen des Rechts ausspreche, während doch Kraft und Fähigkeit zu wirklicher Durchbildung des Rechts und Ausbau eines systematisch darstellbaren Ganzen gefehlt hätten. Dächte man dabei nur an den letzten Grad theoretischer Construction, d. h. wissenschaftlicher Bewältigung des Stoffs, so wäre nicht zu widersprechen, blos darauf hinzuweisen, dass damit unsere Frage kaum berührt, geschweige denn erledigt wird. Jene Ansicht geht aber tiefer, sie spricht dem Mittelalter jede rechtsbildende Kraft ab, sie kommt doch immer wieder darauf hinaus, dass das deutsche Recht nicht nach festen juristischen Principien gegliedert, sondern nach äusserlichen, aber juristisch zufälligen Kategorien disponiert und daher doch einer auf wahrhaft juristische Merkmale gegründeten Construction unzugänglich sei. Ein auffallendes Beispiel hiefür giebt unter anderm die noch heute vorherrschende Auffassung des deutschen Klagensystems. Sie geht dahin, dass der Unterschied dinglicher und persönlicher Klagen ihm fremd gewesen sei, dass es schlechtweg unterschieden habe nach dem Gegenstande, auf den die Klage gerichtet wurde, daher einfach Klagen um Schuld und Klagen auf Gut einander gegenüber gestellt habe. Da das aber unjuristische, weil rechtlich zufällige Merkmale und Aeusserlichkeiten sind, so ist auch das Resultat dieser Ansicht doch schliesslich der Verzicht auf ein wahrhaftes Rechtssystem, das diesen Namen wirklich verdient, denn die einzelnen Rechtssätze functionieren nicht mehr als Organe eines einheitlichen lebendigen Rechtsorganismus, sondern als mechanisch in Bewegung gesetzte Automaten, wie gerade das gewiss treffliche Buch von Laband über die vermögensrechtlichen Klagen ausweist. Wie anders aber die Sache sich in Wirklichkeit verhalten hat, wird sich an geeigneter Stelle ergeben, wo zu zeigen ist, dass der Gegensatz

von dinglichen und persönlichen Rechten und Klagen das Lebenselement und das Rechtsprincip des Klagensystems ist, und zwar nicht etwa blos in instinctivem Triebe, sondern in bewusster Durchführung des Gegensatzes nach der formalen Seite (der Klagformulierung) wie nach der materiellen (den Voraussetzungen und Wirkungen).

Nur wenn wir das deutsche Privatrecht des Mittelalters als einen Organismus erkennen, ist die Möglichkeit vorhanden, es als Rechtssystem darzustellen. Denn unter Organismus (im weitesten Sinne) verstehen wir ein aus verschiedenartigen Bestandtheilen zusammengesetztes Wesen, das nur als Ganzes, als Einheit Leben hat, und zugleich jedem Bestandtheile seine bestimmte Function mittheilt, wie andererseits von dem richtigen Functionieren der einzelnen Bestandtheile (Organe) die Wohlfahrt und das Leben des Ganzen abhängt, so dass beständige Wechselwirkung vorhanden ist, der Theil vom Ganzen genährt wird, um ihm selbst wieder Saft und Kraft zu geben. Die wissenschaftliche Erkenntnis aber eines Organismus bildet das System, und wo kein Organismus existiert, ist auch ein System von vorneherein undenkbar.

Im folgenden soll der Versuch gemacht werden, das deutsche Privatrecht des Mittelalters als einen in sich abgeschlossenen Rechtsorganismus wissenschaftlich darzustellen. Wie mangelhaft dieser Versuch noch ausgefallen ist, habe ich bei meiner Arbeit auf Schritt und Tritt ihrer Ausführung nur allzu tief empfunden. Für die Erforschung des menschlichen Organismus hat man schon längst eingesehen, dass man nicht blos anatomisch vorgehen darf, sondern auch physiologisch verfahren muss. Der Jurisprudenz ist für die Erkenntnis eines Rechtsorganismus die gleiche Aufgabe gestellt. Es kann vielleicht unserer heutigen Jurisprudenz im ganzen der Vorwurf gemacht werden, dass sie über der anatomischen Seite, d. h. der Untersuchung des äusseren Baues des Organismus, die physiologische, d. h. die in einander greifenden Functionen der Organe und die für das Gedeihen des Ganzen wirksamen Kräfte, zu sehr hintansetzt, mit andern Worten, dass sie in der genauen Feststellung der Rechtsbegriffe und in der consequenten logischen Entwicklung der Rechtssätze die Rechtsidee zu erschöpfen glaubt, dagegen der Untersuchung der Kräfte, die sie in Bewegung und Thätigkeit setzen, aus dem Wege geht, und den Zusammenhang des Rechtes mit dem ganzen Culturleben und den Einfluss des letzteren auf die Wirksamkeit und Existenzfähigkeit der Rechtssatzungen ausser Betracht lässt. Die äussere Form, in der wir das Recht erblicken, ist vielfach starr, ungelenk, unfrei, und die Begriffe, die wir nach ihr bilden, oft unzulänglich, um die Rechtsidee klar zu legen. Diese

wurzelt in den Lebensbedingungen (ethischer, wirthschaftlicher u. s. w. Natur) des Volkes, und ihren Urgrund und innersten Kern, den „Geist“ des Rechtes, vermögen wir vielfach nur in Ehrfurcht zu ahnen, wir müssen uns oft begnügen mit der äusseren Erscheinung, mit dem sichtbaren menschlichen Aufbau, ohne den schöpferischen Gedanken ganz zu ergründen. Was der moderne Dichter ausgesprochen hat, dass ins Innere der Natur kein erschaffener Geist dringt, ist schon im grauen Alterthum ungleich tiefsinniger in dem Gefühle des grössten Gesetzgebers aller Zeiten ausgedrückt: Ziehe deine Schuhe aus, denn hier ist heiliges Land.

Es wäre sehr zu wünschen, dass das deutsche Privatrecht des Mittelalters von berufener Hand als ein solcher lebensvoller und lebenskräftiger Organismus dargestellt würde, der sich als den Ausdruck des deutschen Geistes in der Rechtsbildung, als den Schatz des geistigen Lebens unserer Nation auf dem Rechtsgebiete, in einem mit den edelsten Erzeugnissen deutscher Cultur ebenbürtigen Grade erwiese. Dieser Wunsch hat sich mir um so mehr hervorgedrängt, je fester theilweise erst im Verlaufe der folgenden Arbeit die Ueberzeugung geworden ist, dass dieses Recht nicht nur ein reich ausgestatteter, sondern auch ein harmonisch durchgebildeter Organismus war, der den Vergleich mit keinem andern Rechte zu scheuen hat. Was ich hier vorlege, betrachte ich als eine Vorarbeit, der ich den Titel „Institutionen des deutschen Privatrechtes“ um so eher glaubte beilegen zu können, als ich hoffe, dass sie sich geeignet erweisen dürfte, der cupida legum juventus zu einem dem heutigen Stande der Disciplin entsprechenden Wegweiser in ein tieferes Studium des deutschen Rechts zu dienen. Es mögen also diese einleitenden Worte keine Erwartungen wachrufen, die durch das Buch nicht werden befriedigt werden. Ich habe sie nicht unterdrücken mögen, weil sie die Aufgabe bezeichnen, welche von der deutschen Rechtswissenschaft auf diesem engeren Felde noch zu lösen ist und mir zur Richtschnur gedient hat. In diesem Sinne eine Bemerkung J. Grimms in der Vorrede zu seinen Rechtsalterthümern wendend und ändernd, möchte ich mir die Freude gegönnt sehen, nun nach des Buches Vollendung in Arbeiten rüstigerer Kräfte des von mir Uebersehenen oder nicht Verstandenen die Menge zu finden.

§ 2. 2. Die Methode.

Eine methodische Anordnung des Planes und Behandlung des Stoffes findet eine nicht unerhebliche Schwierigkeit in der Beschaffenheit der Quellen und deren Verhältnis zu einander. Von einem nach

dieser Seite mit in Betracht fallenden Punkte, dem Mangel einer gemeinrechtlichen Quelle und dem Verhalten gegenüber den Particularrechtsquellen, wird im folgenden Paragraphen die Rede sein; er kann hier um so eher zurückgelegt werden, als der systematischen Darstellung dieser Umstand ohnedies gar nicht einmal sehr grosse Hindernisse in den Weg legt: ungleich mehr ist sie erschwert durch die Thatsache, dass keine Periode des Mittelalters und kein Quellencomplex eines bestimmten Zeitraumes oder gar Zeitpunktes für das deutsche Recht einen Abschluss gewährt in einem Grade und Umfange, welcher die Entwicklung des Systemes als eines einheitlichen Ganzen einzig und allein aus diesem Quellenkreise heraus und als Ergebnis einer bestimmten Entwicklungsperiode gestattete. Während des ganzen Mittelalters ist ja die Rechtsentwicklung in beständiger Bewegung; wohl unterscheidet man im allgemeinen zwei Perioden der Rechtsbildung, die man nach den in ihnen besonders hervorragenden Quellen die Periode der Volksrechte und die Periode der Rechtsbücher nennt, und es liesse sich fragen, ob nicht eine dieser Perioden und der ihr angehörige Quellencomplex als die Grundlage anzunehmen wäre, auf welcher das System sich aufbauen müsste, und zwar so, dass dann die andere Periode nur nebensächlich, je nach dem gewählten Zeitpunkte als Vorbereitungsmoment oder als Ausfüllungsmaterial (wenn nicht gar hie und da als Ausartung) herbeizuziehen und zu berücksichtigen wäre.

Würde es sich nun schlechtweg um eine Wahl zwischen diesen beiden Perioden handeln, so könnte kaum zweifelhaft sein, dass sie zu Gunsten der Periode der Rechtsbücher ausfallen müsste, so wenig übersehen werden darf, welch eigenthümliche Vortheile ein Aufbau auf den Quellen der fränkischen Periode, genauer etwa die Zugrundelegung des Rechtsbestandes in der ersten Hälfte des 9. Jahrhunderts bieten müsste: schon den äusserlichen Vortheil, dass hier doch viel mehr von einem Ruhepunkt in der Rechtsentwicklung kann gesprochen werden als in einem beliebigen Zeitraume des deutschen Mittelalters. Was für tiefgreifende Umwälzungen im Rechtsleben liegen nicht zwischen den einzelnen Rechtsbüchern, das Ständerecht des Schwabenspiegels ist schon ein ganz anderes als das des Sachsenspiegels, das Vormundschaftsrecht der Weichbildrechtsbücher steht auf einer neuen Basis gegenüber dem des sächsischen Landrechtsbuches, von den Veränderungen im ehelichen Güterrechte, im Erbrechte u. s. f. ganz zu geschweigen. Dem gegenüber darf man, auch bei voller Würdigung des geschichtlichen Fortschreitens des Rechts während der Frankenherrschaft, doch unbedenklich sagen, dass die Rechtsquellen der

vierhundertjährigen Dauer des fränkischen Reiches im wesentlichen den gleichen Charakter tragen und dem gleichen Culturzustande entsprechen, daher im ganzen und grossen die Quellen des 9. Jahrhunderts diejenigen des sechsten, gleich als wären sie gleichzeitig, ergänzen. Und dieser äusserliche Vortheil würde noch überboten von dem innerlichen, dass in den Quellen der fränkischen Periode der alte formale Charakter des deutschen Rechtes ungleich schärfer ausgeprägt ist als in den späteren, und uns daher oft die Rechtsinstitute bestimmter und sicherer construieren und die Rechtsbegriffe schärfer fixieren lässt als es später möglich ist. Selbst die so mannigfach beklagte Lückenhaftigkeit der Quellen älterer Zeit für die Erkenntnis des Privatrechtes könnte kein Hindernis bieten; neuere Forschungen haben unwiderleglich dargethan, dass mit diesen Quellen die wichtigsten Resultate zu erreichen sind, und so könnte dieser Umstand allein von der Wahl dieses Quellenkreises nicht abhalten, wenn sie sich sonst empföhle.

Dagegen kann nicht übersehen werden, dass in der fränkischen Periode das Rechtsleben selbst noch zu wenig reich entwickelt und ausgebildet ist und daher eine Menge der wichtigsten Rechtsverhältnisse, welche vorzugsweise dem deutschen Privatrechte ihr Siegel aufgedrückt haben und durch deren Normierung der deutsche Volksgeist sich auf dem Rechtsgebiete besonders glänzend bewährt hat, noch gar nicht oder doch erst in sehr keimartiger Gestalt vorhanden sind. Es genügt nur beispielsweise die Erwähnung der Ausbildung der Leiheverhältnisse und der auf ihnen beruhenden Gestaltung der Rechtskreise des Lehn- und des Hofrechts, wodurch nicht nur dem Sachenrecht überhaupt die reichste Gliederung zu Theil geworden ist, sondern speciell im Lehnrechte eine Rechtsbildung ersten Ranges hergestellt erscheint. Wie in der fränkischen Zeit das deutsche Volk noch nicht zum Bewusstsein seiner vollen Bedeutung für die abendländische Cultur erwacht ist, wie sein geistiges Leben noch schlummert, so ist auch seine schöpferische Thätigkeit in der Rechtsbildung noch nicht zu voller Blüthe gelangt.

Dieser Blüthezustand ist erst im deutschen Mittelalter erreicht worden. Müssten wir innerhalb dieser langen Periode einen bestimmten Zeitraum bezeichnen, so bliebe kaum etwas anderes übrig als denjenigen der mittelhochdeutschen Litteraturglanzperiode, zugleich den Höhepunkt der Kunst des Mittelalters und des wirthschaftlichen Lebens, ebenfalls für die Rechtsbildung als die höchste Stufe anzunehmen, d. h. die Zeit vom Ende des 12. Jahrhunderts bis in die zweite Hälfte des 13. oder auch bis zum Schlusse desselben, die Zeit

vorzugsweise der hohenstaufischen Kaiser. Es ist auch gar nicht zu leugnen, dass in diesem Jahrhundert die Rechtsbildung in Stoff und Form am fruchtbarsten gewesen ist. Aber es mangeln doch auch hier noch recht wesentliche Stücke, vor allem ist das Stadtrecht noch ganz nicht entwickelt, und die Thätigkeit desselben, welche sich in doppelter Richtung äussert, in Umgestaltung schon bestehender Institutionen und in Erzeugung neuer, hat noch kaum begonnen, wie denn gerade die Blüthezeit des wichtigen Magdeburger Schöffenrechtes erst dem 14. Jahrhundert angehört.

Bei dieser Lage der Dinge scheint man auf den Weg rein rechtsgeschichtlicher Darstellung gedrängt, um so mehr als wir nicht des Vortheils der Romanisten geniessen, eine allumfassende Rechtsquelle zu besitzen, die den gesammten Rechtsbestand einer bestimmten Zeit, ja geradezu der Zeit classisch vollendeter Rechtsentwicklung fixiert und das Material zu einem vollständigen System bietet. In der That scheint mir eine auf die historische Entwicklung stete Rücksicht nehmende Darstellung geboten zu sein, ohne dass ich es doch für unmöglich halte, die dogmatische Behandlung durchweg vorherrschen zu lassen. Denn die Entwicklung und die Ausbildung des Rechtes war doch genau besehen eine so gar nicht durch fremdartige Einflüsse stark gestörte, eine so naturgemässe wie das Wachsen des Kindes zum Manne, dass der Organismus, den wir darzustellen haben, im wesentlichen, in seinen eigentlichen Lebenselementen, durch das ganze Mittelalter der gleiche geblieben ist. Gerade die Grundlagen, die das Ganze tragenden Factoren und Begriffe sind nie verlassen worden, so lange die Rechtsbildung national blieb. Daher durften in der folgenden Darstellung, je nachdem der Stand der Quellen dazu Anlass bot, ja aufzufordern schien, bald vorzugsweise Rechte älterer Zeit, bald wieder solche viel späterer als gleichwerthig verwendet werden, sobald es sich um Feststellung der durch das ganze Mittelalter hindurch gleichbleibenden Rechtsidee handelte, während in Bezug auf die im Laufe der Zeiten sich ändernden Erscheinungen mehr in geschichtlicher Weise verfahren wurde.

Diese Bemerkungen mögen genügen. Wer die bisherige Litteratur des deutschen Privatrechtes selbst nur oberflächlich kennt, der weiss auch, wie viel schon über das Princip der wissenschaftlichen Behandlung, der Methode, ist debattiert worden, und ich will es nicht unternehmen, den hier eingeschlagenen Weg einer dogmatischen Behandlung ohne die Grundlage eines zeitlich und örtlich einheitlichen Rechtsbestandes, oder einer historischen Darstellung, ohne dass es doch Rechtsgeschichte wäre, des weiteren zu rechtfertigen. Ja ich gestehe, dass

mir eine streng methodische Durchführung in diesem Sinne überhaupt nicht zunächst angelegen war und ich mehr darauf dachte, ein lebensvolles Bild der Arbeit deutschen Geistes in Herstellung eines wohlgegliederten Baues des Privatrechtes zu entwerfen, dass wo historische Betrachtung mich anzog, ich dem Zuge nachgab, um andererseits wieder, wo dogmatische Behandlung lockte, solcher mich zuzuwenden. Habe ich im ganzen den Fachgenossen zu Danke gearbeitet, so mögen auch manche Unebenheiten in der Methode zu gute gehalten werden.

Erstes Buch.

Die Rechtsbildung.

Erstes Kapitel.

Die Rechtsquellen.

§ 3. 1. Gemeines und particuläres Recht.

Jedes Recht setzt eine Rechtsquelle und ein Rechtsgebiet voraus, aus jener stammt es, dieses beherrscht es. Damit ist der Zusammenhang zwischen Rechtsquelle und Rechtsgebiet gegeben, es kann keins ohne das andere bestehen; daher Thöl[1] Rechtsgebiet definiert als ein Gebiet, welches Rechtsquellen hat. Der Umfang des Rechtsgebietes aber wird gefunden durch Ermittlung des Ursprungs der Quelle, gerade wie das Flussgebiet festgestellt wird durch Entdeckung des Ortes, wo die Hauptquelle entspringt. Und wie in einem Flussgebiete neben dem Hauptstrome noch Nebenflüsse entspringen, welche nur einen Theil des Gebietes durchziehen und diesen ohne Theilnahme des Hauptstromes beherrschen, so hat auch ein Rechtsgebiet seine Nebenquellen, welche herrschen, so weit sie von dem Hauptflusse unberührt fliessen, und die Herrschaft erst abgeben mit ihrer Einmündung in den Hauptfluss. Darauf beruht der Gegensatz von gemeinem und particulärem Recht und der Satz, dass das particuläre Recht das gemeine Recht bricht: die Hauptquelle erzeugt das gemeine Recht, aber dasselbe tritt erst in Function und übernimmt die Herrschaft, wo die Nebenquellen des Particularrechtes ihren Lauf vollendet haben.

Soll nun aber bestimmt werden, ob das Gebiet, in welchem deutsches Recht gegolten hat, ein einheitliches Rechtsgebiet in diesem Sinne gebildet habe, also von einer gemeinrechtlichen Quelle (unbeschadet der Existenz von Particularrechtsquellen) beherrscht gewesen sei, so ist zuerst zu ermitteln, was wir uns überhaupt unter Rechtsquelle zu denken haben. Wie es gemeiniglich geschieht, dass über die gangbarsten Ausdrücke und Begriffe eine feste Definition vermisst

---

[1] Einleitung in das deutsche Privatrecht § 46.

wird, so ist auch der Gebrauch des Wortes Rechtsquelle ein schwankender. Ist Rechtsquelle die Rechtsüberzeugung des Volkes, oder das Organ, durch welches sich dieselbe äussert, oder das blosse Zeugnis über das Recht (die Aufzeichnung)? Oder ist die sogenannte Rechtsüberzeugung selbst eines der Organe, welche dem Rechte diese seine sichtbare Gestalt geben? Selbst scharfdenkende Schriftsteller wie Puchta[2] und Thöl[3] lassen hier die nöthige Präcision vermissen.

Die Naturerscheinung, der das Bild von der Quelle entlehnt ist, zeigt uns, dass in einem Gebirgsstocke eine Menge Quellen unabhängig von einander und ohne sichtbare Verbindung unter sich zu Tage treten; woher stammen sie? woraus nähren sie sich in unendlicher Erneuerung? Im Inneren des Gebirges walten geheimnisvoll die Naturkräfte, welche die Quellen herstellen und speisen, aber diese Naturkräfte sind nicht schon selber die Quelle, sondern sie erzeugen sie erst als das Organ, welches die Wasser sammelt und sie befähigt, in fortwährendem Ergusse ans Tageslicht zu treten und wirksam zu werden. Jenen Naturkräften steht die Rechtsüberzeugung gleich: gerade so wirkt in einem Volke, ja in dem ganzen Menschengeschlechte der Geist des Rechts und der Gerechtigkeit, die Ueberzeugung dessen was gut und böse ist, und auch diese Rechtsüberzeugung muss, um fruchtbar zu werden, eine in der realen Welt wahrnehmbare Consistenz gewinnen, also sich das Organ, die Quelle schaffen, durch welches sie sich ausspricht und ausdrückt; solche Rechtsquellen sind Gesetzgebung, beharrliche Uebung (Gewohnheit), Gerichtspraxis, wissenschaftliche Deduction u. dgl.; Gesetz und Gewohnheit allerdings die wichtigsten, unter welche man die andern mit mehr oder weniger Zwang unterbringen kann.

Wie die Flussgebiete durch die Berg- und Thalbildung gegeben sind, so erscheinen auch die Rechtsgebiete von vorneherein bestimmt und gegen einander abgegrenzt durch die Bildung und gegenseitige Abschliessung von Rechtsverbänden und Rechtsgemeinschaften in Gemeinden, Landschaften, Völkerschaften u. s. f. Die Rechtsüberzeugung kann für eine grössere Zahl solcher Rechtsgemeinschaften die gleiche sein, aber sie muss sich in jeder durch eine besondere Rechtsquelle Ausdruck verschaffen, es giebt keine gemeinsame Quelle für alle, wenn auch die Rechtsüberzeugung für alle gemeinsam ist, gerade wie die Flussgebiete des Po und der Reuss nicht eine Quelle haben können, obschon die im Gotthard wirkende Naturkraft beide speist. Daraus folgt: die Rechtsquellen sind die rechtserzeugenden Organe eines

---

[2] Institutionen § 12.
[3] Einleitung § 49.

Rechtsverbandes, und ihre rechtserzeugende Kraft reicht so weit als dieser Verband selbständige Rechtseinheit ist.

Keinem Zweifel unterliegt das bezüglich der Rechtsquelle der Gesetzgebung. Denn diese beruht auf dem Dasein einer gesetzgebenden Gewalt, und die Geltung der Rechtsquelle und das Rechtsgebiet reicht gerade so weit wie diese Gewalt. Aber auch nicht anders kann es sein bei der Rechtsquelle der Gewohnheit, auch sie besteht jeweilen nur für dasjenige Gebiet, für welches ein einheitlicher Rechtswille der Gesammtheit die Ausübung der Gewohnheit verlangt und aufrecht erhält. Der Satz, dass „der Todte den Lebendigen erbt", le mort saisit le vif, beruht auf gemeinsamer Rechtsüberzeugung Deutschlands, Frankreichs und Italiens, aber es giebt keine Rechtsquelle, die ihn als gemeines Recht für alle drei Länder ausspricht und zur Geltung bringt.

Damit haben wir uns die Beantwortung der Frage offen gelegt, ob im Mittelalter von einem gemeinen deutschen Privatrechte (einheimischen, nationalen Ursprungs) die Rede sein könne. Bedingung eines solchen ist eine gemeinrechtliche Quelle, und diese hinwieder beruht auf der Voraussetzung eines einheitlichen Rechtsverbandes. Da nun das deutsche Volk nicht als solches in die Geschichte eintritt, sondern die Stämme die obersten Rechtsgenossenschaften bilden, so giebt es keine gemeinrechtliche Quelle und kein gemeines Recht, sondern blos Stammesrecht, beruhend auf Gesetz und Gewohnheit. Auch die Entstehung der fränkischen Monarchie ändert daran nichts, das Königthum setzt wohl eine einheitliche politische Herrschaft über die Stämme, aber die lex, das Volksrecht, bleibt Stammesrecht. Wohl stellt der König auf Grund seiner Banngewalt Vorschriften auf, aber dieselben gelten nicht als Ausdruck des Volksrechtes, und später, da sie wirklich sich einbürgern, können sie nur dadurch Rechtssätze werden, dass sie das Volks- (Stammes-) Recht in sich aufnimmt und sich zu eigen macht. Im Grunde hat nun aber die Gesetzgebung von König und Reich das ganze Mittelalter hindurch diesen Charakter nicht verloren: wo der König mit Grossen und Volk eines bestimmten Stammes einen Rechtssatz festsetzte, wie in der berühmten conventio populi, die Otto I. behufs Entscheidung über das Repräsentationsrecht der Urenkel anordnete (Widukind, Corbei. Ann. II 10), fügte sich die Reichsgesetzgebung von vorneherein in die Form eines Weisthums der Stammgenossen über ihr nationales Recht, und sobald König und Reichstag diesen Boden verliessen und Sätze mit der Prätention eines gemeinen Rechts für Deutschland aufstellen wollten, wie jenes Reichsgesetz Heinrichs II. von 1019 zu Strassburg über eheliches

Güterrecht[4], stand der Erlass mehr oder weniger in der Luft und entbehrte alles Haltes in der Ausführung, wie ja selbst noch der Freiburger Reichsabschied von 1498 das Repräsentationsrecht der Enkel nicht unbedingt als gemeines Recht einführte.

Ist nun aber nicht einmal die Reichsgesetzgebung als gemeinrechtliche Quelle des deutschen Privatrechtes anzusehen, so kann es auch kein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht gegeben haben. Beides ist allerdings meines Erachtens nicht zu trennen, es ist nicht zulässig, die Reichsgesetzgebung als gemeinrechtliche Quelle anzunehmen, aber ein Gewohnheitsrecht nur als Stammesrecht sich bilden zu lassen, oder umgekehrt der Reichsgesetzgebung jenen Charakter abzusprechen, dagegen eine gemeinrechtliche Gewohnheit anzuerkennen. Denn eine Rechtsgemeinschaft, die auf dem Boden der Gesetzgebung eine gemeinrechtliche Quelle hat, muss sich auch ein gemeines Gewohnheitsrecht schaffen.

In der That verhält sich nun die Sache so, dass bis in das 13. Jahrhundert hinein, d. h. bis zur Bildung der Landeshoheit, die Stämme ausschliesslich die Träger des Privatrechts, also jene Rechtsverbände sind, innerhalb welcher die Rechtsquellen entstehen und thätig werden können; und dass dann die landesherrlichen Territorien, Herrschaften, Stadtgemeinden u. s. f. mehr und mehr und am Ende ausschliesslich an ihre Stelle treten. Wir bemerken das des deutlichsten an den Rechtsbüchern. Der Sachsenspiegel kann wirklich noch mit dem Anspruche auftreten, das Gewohnheitsrecht des alten Sachsenlandes als der Heimat und der Wohnsitze der ganzen gens Saxonum darzustellen, denn trotzdem dass das alte nationale Herzogthum zertrümmert und der sächsische Stamm in seiner politischen Einheit durch weit vorgerückte Tendenzen zu territorialem Ausbau der öffentlichen Gewalt angegriffen ist, hat sich doch noch das Bewusstsein einheitlicher Nationalität auch im Rechtsleben, das Gefühl des Sachsenstammes als einer Rechtsgemeinschaft bewahrt, und das Gewohnheitsrecht des Sachsenspiegels ist daher bis auf unsere Tage als gemeines Sachsenrecht festgehalten worden. Aber ganz anders ist es doch schon ein Jahrhundert später, das Rechtsbuch nach Distinctionen vermögen wir nicht mehr als gemeines Sachsenrecht anzuerkennen, sondern weisen ihm die bescheidenere Rolle eines Stadtrechtsbuches in meissnischem Gebiete an, und selbst das sächsische Weichbildrecht erscheint uns nicht mehr als ein Zeugnis gemeinen sächsischen Stadtrechts, sondern als particuläres Magdeburger Recht, dem nicht nur Westfalen, sondern

[4] Pertz, Leges II 37.

selbst die meisten Städte Niedersachsens bis nach Thüringen hinein entfremdet sind, und das sich die Herrschaft blos in den Städten behauptet hat, die ihm durch einen förmlichen Gesetzgebungsakt zugewiesen sind, so dass es in diesen Städten weitverbreitet herrscht nicht kraft altsächsischen Gewohnheitsrechts, sondern kraft künstlicher Verleihung. Und so drängt die Consolidation der neuen Territorien und Herrschaftsgebiete alle Rechtsbildung in diese Rechtsverbände hinein, und damit versiegen sogar die Rechtsquellen der Stämme und verschwindet selbst ein dem ganzen Stamme angehöriges und auf einheitlicher Quelle beruhendes Gewohnheitsrecht.

Wenn daher die süddeutschen Rechtsbücher sich auf einen höhern Standpunkt zu schwingen und sich den Anschein zu geben suchen, als ob sie wirklich ein gemeines Recht Deutschlands (denn das verstehen sie unter ihrem „Kaiserrechte“) darzustellen vermöchten, so beruht das auf einer Selbsttäuschung, beziehungsweise auf einer unklaren Auffassung des Begriffs von gemeinem Rechte, die sich sofort an der Darstellung dieser Bücher selbst auf das empfindlichste gerächt hat: dieses Kaiserrecht, dieses Recht aller deutschen Leute, entbehrte eben einer Quelle, aus der es zu schöpfen und zu erkennen war, und darum sind auch diese Rechtsbücher im Vergleich mit den sächsischen, die den Vortheil haben auf festem praktischem Boden zu stehen, so unendlich verschwommen und eigentlich nur in den Partien verwerthbar, wo nachweislich kein Phantom gemeinen Rechtes, sondern sehr particuläres Recht (im Schwabenspiegel z. B. augsburgisches Stadtrecht, im Kl. Kaiserrechte fränkisches Witthumsrecht u. dgl.) vorgetragen wird. Was eben jene Rechtsbücher Kaiserrecht nennen, was auch wohl in Quellen jener Zeit geradezu unter dem Namen des gemeinen Rechts Erwähnung findet[5], was neuere Schriftsteller auch immer noch als solches aufrecht zu halten suchen, entbehrt einer einheitlichen Quelle und existiert daher als wirklicher, durch eine Quelle gefasster und überlieferter Rechtsbestand nicht. Dieses angebliche gemeine Recht, mag man es mit Beseler in der durch die unsichtbar wirkenden Kräfte der Nationalität gehaltenen Einheit, oder mit Phillips in den übereinstimmenden Principien der Stammesrechte, oder mit Walter in der aus den Particularrechten abstrahierten Doctrin, oder mit Gerber in der aus dem deutschen Volksgeiste erzeugten Gemeinschaft der obersten Principien und des Ursprungs finden, — das alles ist nichts andres als jene Naturkraft, welche im

---

[5] Vgl. Stobbe, Gesch. der deutschen RQ I 271 Anm.; Handb. des deutschen PrivR, 2. Aufl., I 6 Anm 5.

Gebirgsstocke unermüdlich schafft, nenne man sie nun Volksgeist oder Rechtsüberzeugung oder wie man will, nur nicht Rechtsquelle.

Kehren wir nun zum Schlusse noch einmal zu der das Vorbild bietenden Natur zurück: wie oft sehen wir, dass sich dünne Bächlein zwischen lockerem Gesteine ans Tageslicht hervordrängen, eins dicht bei dem andern, als sollten sie sich vereinigen, aber sie rinnen über den Abhang hinunter ohne sich zu finden. Warum fehlt ihnen die gemeinsame Quelle? nicht wegen der Verschiedenheit ihres Wassers, sondern wegen der Bodenbeschaffenheit, welche einer sammelnden Quelle die Stätte versagte. So hat auch das deutsche Recht sich nur durch particuläre Quellen ergossen, nicht weil es nach Wesen und Inhalt zu verschiedenartig für eine einzige Quelle war, sondern weil ihm die äusseren Bedingungen und politischen Entwicklungen die Organe einheitlicher Aeusserung nicht geboten haben. Aber eben darum giebt es, wenn auch kein gemeines deutsches Recht, so doch ein deutsches Recht schlechtweg, und wir sind keineswegs auf den Standpunkt genöthigt, nur fränkisches, sächsisches, schwäbisches Recht zu kennen und einander gegenüberzustellen in gleicher Schärfe wie römisches und deutsches Recht. Es verhält sich auf dem Rechtsgebiete wie auf dem Gebiete der Sitte, der Sprache, der Wirthschaft, der Kunst und der Wissenschaft. Es hat eine deutsche Sprache gegeben zu einer Zeit, da nur gothisch, angelsächsisch u. s. f. gesprochen wurde; so hat es ein deutsches Recht gegeben, da man nur von fränkischem, alamannischem, sächsischem u. s. f. Rechte wusste. Wie der Geist der Sprache, so war auch der Geist des Rechtes derselbe, die Rechtsüberzeugung des Volkes eine einheitliche. Selbst die Rechte des deutschen Mittelalters, das doch „zu neu ausgleichender Vereinigung nicht geeignet war“ [6], sind durch ein inneres geistiges Band zusammengehalten, und die zahllosen Rechtsquellen des Mittelalters werden gespeist von einer Naturanlage und Geistesrichtung.

Diesen gemeinsamen Rechtsgedanken, der den particulären Rechtsbildungen des deutschen Volkes zu Grunde liegt, aufzufinden und so die Grundzüge eines deutschen Rechtes festzustellen, darf wohl versucht werden. Und wir müssen es thun, wenn überhaupt von einem deutschen Rechte die Rede sein soll. Denn beschränken wir uns rein auf die Nebeneinanderreihung der Particularrechte, so mangelt der einheitliche Grund, der das Recht als deutsches Recht erscheinen lässt, ohne dass doch bei der Mannigfaltigkeit der Particularrechte Vollständigkeit irgend zu erhoffen wäre. Diesen einheitlichen Grund, die

---

[6] Wackernagel, Deutsche Litteraturgeschichte § 15.

gemeinsame Rechtsüberzeugung sicher zu entdecken ist ja ohne Zweifel durch den Mangel einer gemeinrechtlichen Quelle sehr erschwert, aber nicht unmöglich gemacht, und mit gehöriger Vorsicht kann ein durchaus günstiges Resultat erreicht werden. Es kann gelingen, die Grundlagen eines Rechtssystems zu fixieren, die man als den germanistischen Rechtsstoff bezeichnen kann, wie solcher nicht blos allen Particularrechten zufällig gemeinsam ist, sondern sie geradezu erzeugt und seinerseits aus einheitlicher Rechtsüberzeugung stammt

Wir suchen also von vorneherein nach keinem gemeinen deutschen Privatrechte, weil wir bei Mangel einer Rechtsquelle dafür zum voraus wissen, dass wir keines finden werden; wir suchen ebensowenig ein allgemeines deutsches Recht zu construieren, sei es auf Grund der Mehrheit der Particularrechte, sei es auf Grund des grösseren Geltungsgebietes eines Satzes, sei es auf Grund besonderer Autorität und innerer Vortrefflichkeit einer Rechtsquelle, weil wir damit doch nur ein Recht erhielten, das nie existiert hätte. Wir suchen aber die allen Particularrechten zu Grunde liegenden Rechtsideen des deutschen Volksgeistes zu ermitteln, nicht in der Meinung, damit ein germanisches Urrecht zu gewinnen, wohl aber in dem Glauben, da die Grundanschauungen des deutschen Volkes vom Rechte zu erkennen, die aus dem Volksgeiste erzeugten Rechtsprincipien, die sich dann in der Gewohnheit der einzelnen Stämme zu einem wirklichen Rechte geformt und als solches Existenz und erkennbare Gestalt gewonnen haben.

Allerdings ist nun das zu unserer Untersuchung nöthige Material selbst erst wieder aus den Particularrechten zu schöpfen. Das veranlasst uns noch zu einer Betrachtung über das Verhalten derselben zu einander.

§ 4. 2. Verhältnis der Stammesrechte zu einander.

Da unsere Untersuchung wesentlich auf dem Stammesrechte (Landrechte) basieren wird, so scheint sich von vorneherein eine gewisse Nothwendigkeit zu ergeben, die Rechtsstämme möglichst sorgfältig aus einander zu halten. Und zwar möchte man das Beispiel der Sprachforschung mit ihrer Sonderung der deutschen Sprachstämme sofort nachahmen, wenn man den auffallenden Parallelismus ins Auge fasst, der zwischen niederdeutschem und hochdeutschem Sprachgebiet und den Ländern sächsischen und fränkischen Rechtes zu bestehen scheint. Es hat viel verführerisches, alles süddeutsche Recht im fränkischen aufgehen zu lassen. Denn ohne Zweifel sind Schwaben und Baiern dem Uebergewichte Frankens viel unbedingter ausgesetzt gewesen als Sachsen, weil sie viel länger als dieses unter fränkischer Herrschaft

gestanden haben und in viel ausgedehnterer Weise von fränkischer Einwanderung sind zersetzt und beeinflusst worden.

Indessen wäre es doch gewagt, jener Unterscheidung von terra juris Franconici und terra juris Saxonici in dem Curialstil des Mittelalters für unsere Zwecke, also für das Privatrecht, einen zu maassgebenden Werth beizulegen. Die Unterscheidung ist dort eine wesentlich, ja fast ausschliesslich politische, und zwar eine Reminiscenz des alten Ostfrankenreiches im Gegensatz zu dem nie recht in das Frankenreich aufgegangenen Sachsenland. Süddeutschland ist das alte Ostfranken oder Austrasien der Merowinger, dagegen Sachsen hat nie recht zum Frankenreiche gehört und ist ein Menschenalter nach seiner völligen Einfügung ihm wieder entfremdet. Politisch hingen auch in der Folgezeit die süddeutschen Stämme unter sich viel enger zusammen als mit Sachsen und erschienen viel mehr als Glieder eines Staatswesens. In diesem politischen Sinne ist der Ausdruck „terra juris" vorzugsweise zu verstehen, das Land einheitlicher Rechtsverfassung, das Land des alten Frankenreichs gegenüber dem mehr seine eigenen Wege gehenden sächsischen Herzogthum. Und wo die privatrechtlichen Gegensätze hervorgehoben werden, stehen doch die alten Stämme wieder auf gleicher Linie neben einander, wie der Ssp I 30 sagt: jeder empfängt Erbe nach des Landes Rechte in Sachsen, und nicht nach persönlichem Rechte, er sei Baier oder Schwabe oder Franke.

Andererseits dürfen wir nicht verkennen, dass der Vorrang und der Einfluss, den Franken, das Culturland, in alter Zeit auf die barbarischen Gebiete der an das fränkische Reich angeschlossenen anderen deutschen Stämme geübt hat, sich auch im Rechte wirksam erzeigt haben muss. Roth, Feudalität S 9, hat diesen Einfluss gegenüber Schwaben und Baiern besonders hoch angeschlagen und hier den Stammesverschiedenheiten keine grosse Bedeutung mehr beigelegt, während er allerdings dem Sachsenlande eine grössere Selbständigkeit in Wahrung seines nationalen Rechtsbestandes zuerkennt. Sohm[1] ist darüber hinausgegangen und hat auch das sächsische Recht völlig dem Einflusse des fränkischen unterliegen lassen: „Es giebt in Deutschland nur terrae juris Franconici."

Ein sicherer Nachweis dieser Reception des Frankenrechts hält nun allerdings gerade für das Privatrecht schwerer als für die anderen Rechtsgebiete. Im öffentlichen Rechte liegen die Einflüsse des frän-

---

[1] Fränkisches und römisches Recht, in Z der Sav.-Stiftung, germanistische Abth. I 62.

kischen Rechtes viel unverhüllter zu Tage. Denn die Frankenherrschaft brachte den unterworfenen Stämmen zunächst die fränkische Staatsverwaltung und nöthigte ihnen den fränkischen Beamtenorganismus auf, auch in dieser Hinsicht freilich Süddeutschland viel energischer ergreifend als Sachsen, wo sich doch dem fränkischen Centenar gegenüber der altnationale von dem Volke gewählte Gogreve behauptete. Aber in der Hauptsache hielt die fränkische Gerichtsverfassung ihren siegreichen Einzug in die übrigen Theile des Reiches, und mit dem fränkischen Grafen kam das fränkische Gerichtswesen und der fränkische Prozess mit allen seinen Consequenzen — und solche erstrecken sich auch auf privatrechtliches Gebiet — in Aufnahme. Neben diesen durch äusseren Zwang eingeführten Einrichtungen geht der innere Einfluss der höheren Cultur seinen stillen, aber wirkungsreichen Gang. Von den gesegneten Mosel- und Rheinlanden strömt der mächtigste Impuls in Sitte, Wirthschaft, Kunst und Wissenschaft, kurz in aller Cultur, nach Osten und Norden, und dadurch sind auch unfehlbar neue Rechtsbedürfnisse und in Befriedigung derselben neue Rechtsinstitute hervorgerufen worden. Eine Priorität in der Aufstellung mancher wichtiger Rechtseinrichtungen, z. B. der Beneficial- und Leiheverhältnisse, ist auch dem Frankenstamme um so weniger abzusprechen, als er eben vor den andern in Deutschland gebliebenen Stämmen den Cultureinflüssen unterlag, welche diese Einrichtungen hervorriefen; und kraft dieser Priorität konnte das fränkische Recht bei der Cultivierung des innern Deutschland leicht das Muster und Vorbild abgeben.

So hoch nun auch in dieser Richtung ein Einfluss des Frankenlandes und des Frankenrechtes anzuschlagen ist, so ist doch noch ein weiter Schritt zu der Ansicht Sohms (S 65 f.), dass ganz Deutschland vom fränkischen Rechte sei in Besitz genommen worden, und nur vereinzelte Trümmerreste in Norddeutschland auf das alte Sachsenrecht, in Süddeutschland auf das Schwaben- und Baiernrecht, welches einst hier geherrscht hat, zurückweisen, so dass es überhaupt in Deutschland schon während des Mittelalters kein einheimisches deutsches, sondern nur westfränkisches Recht gegeben habe und diese Reception salisch-fränkischen Rechts in ihrer Bedeutung für das Mittelalter auf gleicher Stufe stehe mit der Reception des römischen Rechts in ihrer Bedeutung für die neuere Zeit.

Was diesen letzteren Punkt betrifft, so scheint da unter allen Umständen eine Ueberschätzung der sogenannten Reception des westfränkischen Rechts im 8. und 9. Jahrhundert vorzuliegen. Diese beiden Receptionen des salischen und des römischen Rechtes waren doch

von vorneherein incommensurable Grössen. Das römische Recht hat alle Rechtsanschauungen und Rechtsbegriffe im Innersten ergriffen und den Rechtsorganismus theilweise, im Sachenrecht völlig, umgewandelt — unsere Darstellung des Sachenrechts hat das im einzelnen darzulegen —, das fränkische Recht dagegen hat jedenfalls die Grundlagen des deutschen Rechtsbestandes unberührt gelassen und höchstens neue Rechtsinstitute darauf gesetzt oder schon bestehende modificiert. In dieser absoluten Gleichstellung liegt keine innere Wahrheit.

Aber auch diejenigen Rechtsinstitute, bezüglich welcher man dem fränkischen Rechte die Priorität zugestehen wird, dürfen doch kaum in der Gestalt, in der sie das Mittelalter ausgebildet hat, als salfränkisches Recht noch bezeichnet werden. Das gilt gerade vom Lehnrecht. Specifisch fränkisch war höchstens die erste Form der Vassallität und des Beneficialwesens, welche wohl den Keim enthielt; aber die Ausbildung, welche dem Institute erst seine rechtliche Gestalt und Bedeutung gegeben hat, kam durch das vereinigte Wirken der Deutschen und überhaupt der germanischen Elemente des europäischen Westens zu stande. Es ist möglich — und neuere Forschungen machen es wahrscheinlich —, dass die zwölf Tafeln der Römer in manchem auf griechischen Ursprung zurückzuführen sind, aber das darauf gegründete Recht ist und bleibt römisches Recht. So ist auch das Lehnrecht nicht „fränkisches Lehnrecht" (Sohm S 26), wenn man auch seinen Ursprung auf fränkische Vassallitäts- und Beneficialverhältnisse zurückführt. Man darf nicht mit dem 10. Jahrhundert schon die Entwicklung als abgeschlossen erklären (Sohm S 11) und alles seither geschehene als unwesentlich betrachten. Und übrigens beruht ja selbst das Beneficialwesen auf den altgermanischen Motiven des Treugelöbnisses und der Commendation in die Munt, welche wir als Gemeingut der Deutschen ansehen dürfen.

Endlich die Verdrängung schon bestehender Rechtsinstitute durch die entsprechenden des salischen Rechts ist schwer zu beweisen. Sohm versucht es bezüglich der Grundeigenthumsübertragung, speciell der Investitur, meines Erachtens in nicht überzeugender Weise, worüber ich mich bei Behandlung dieser Frage im Sachenrecht äussern werde. Als zweiten Hauptfall nennt Sohm das eheliche Güterrecht, unter Berufung auf die Arbeiten Roths, Schröders u. a. Wir werden auch hier sehen, dass das aus dem salischen Rechte hervorgegangene französische Güterrechtssystem in Deutschland nicht bestanden hat, und das, was man als specifisch fränkisch (übrigens ribuarisch) ansehen muss, die gesammte Hand und die Verfangenschaft, nur in Rheinfranken und in den von fränkischen Einwanderungen in Besitz

genommenen schwäbischen und thüringischen Gegenden gegolten hat, dagegen die westfälische, Niedersachsen beherrschende, und die schwäbisch-baierische Gütergemeinschaft auf anderen Principien beruht.

Die Rechtsbildung des deutschen Mittelalters ist nicht das Werk des Frankenstammes, sondern des gesammten deutschen Volkes. Mag man die Vorarbeit des Frankenstammes noch so hoch anschlagen, so wurde doch keinesfalls ein fertiges Recht recipiert, so dass man sagen dürfte, es habe im Mittelalter kein einheimisches deutsches, sondern nur westfränkisches Recht gegeben (Sohm S 66). Derartige culturhistorische Prozesse wie die Aneignung fremden Rechtes verlaufen bei einem in Vollkraft aufstrebenden Volke, wie das deutsche damals war, nicht so mechanisch und sklavisch receptiv; die Aneignung, soweit sie überhaupt stattfindet, wird von selbst unter der Hand des recipierenden Volkes eine Neubildung in seinem Geiste, und das in diesem Prozesse ausgestaltete Recht ist kein fränkisches Recht mehr, sondern das aus gemeinsamer Arbeit des deutschen Volkes hervorgegangene und durch gemeinsame Rechtsanschauungen ermöglichte Erzeugnis des deutschen Volksgeistes. Die Gemeinsamkeit der Grundideen in allen Volksrechten, auch in den von fränkischem Rechte noch gar nicht oder wenig berührten, gestattet die Rechtsvermuthung gleicher Grundlage in dem Sinne, wie es im vorigen Paragraphen formuliert ist. Inwiefern an dem Ausbau stammesrechtliche Verschiedenheiten sich bethätigt und verwirklicht haben, kann nur bei Darstellung der einzelnen Institute untersucht und annähernd festgestellt werden.

Zweites Kapitel.

Die Rechtskreise.

§ 5. 1. Land-, Stadt-, Lehn- und Hofrecht.

Das deutsche Recht tritt als Stammesrecht in die Geschichte; mit der Mehrheit der Stämme ist die Mehrheit der Rechtsgebiete gegeben. Aber innerhalb eines Stammes giebt es nur ein Recht, das Volksrecht, das den ganzen Rechtsbestand erschöpft, so dass in ihm ein jeder, der überhaupt rechtsfähig ist, die einzige Norm und Richtschnur nach allen Seiten seiner rechtlichen Existenz und seines rechtlichen Verkehrs findet.

Dabei ist freilich nicht zu übersehen, dass das Rechtsgebiet, für welches ein solches Stammes- oder Volksrecht gilt, nicht räumlich, territorial abgegrenzt ist: die Persönlichkeit der Rechte erzeugt nicht nur in einem und demselben Stammesgebiete mehrere Volksrechte, wie die leges Romanae neben den leges Visigothorum und Burgundionum, sondern sie nöthigt auch Einwohner und Gerichte eines Stammesgebietes, Angehörige anderer Stämme nach ihrem Volksrechte zu behandeln und zu beurtheilen. Das lehrt uns aber nur, dass der Begriff des Rechtsgebietes für jene Zeit anders zu denken ist als heutzutage, nicht in landschaftlicher Begrenzung, sondern in Bezug auf die persönliche Zugehörigkeit; Rechtsgebiet ist eben nicht ein Land, sondern ein Stamm (eine gens), dessen Genossen ihr Recht hintragen wohin sie kommen. Innerhalb eines Stammes giebt es doch nur ein Recht, und — was uns an dieser Stelle die Hauptsache ist — alle die vielen Stammesrechte sind einander völlig gleichgeartet und erfüllen die gleichen Functionen, so dass das deutsche Recht zwar der Zahl nach in einer Mehrheit von Rechten, der Art nach aber als eines in die Geschichte eintritt: als Volksrecht.

Im Gegensatze dazu schliesst das Mittelalter mit verschiedenen Arten von Rechten ab, welche auf ganz neuen Rechtskreisen beruhen und die Einheit des Volksrechtes in verschiedenen Richtungen aufgelöst haben; das Volksrecht ist theils ersetzt, theils geschmälert durch Land-, Stadt-, Lehn-, Dienst- und Hofrecht. In welchem Verhältnisse stehen diese Rechte zu einander und welchen Einfluss übt ihr Nebeneinanderbestehen auf das Rechtssystem des deutschen Mittelalters aus? Man begnügt sich oft damit, dass man sie als besondere Standesrechte bezeichnet, die von ihnen ausgefüllten Rechtskreise als die durch die neue Standesbildung erzeugten Rechtsorganismen erklärt. Wäre das richtig, so würde sich das gegenseitige Verhältnis sehr einfach lösen. Diese Rechte ständen neben einander in gleicher Weise wie vor alters die lex Romana neben dem deutschen Volksrechte; wir hätten, wie im Anfange der Geschichte Rechte der verschiedenen Nationalitäten, so jetzt Rechte der verschiedenen Stände, nur insofern vielleicht mannigfaltiger, als sich möglicherweise jedes Stammesrecht in eine solche Mehrheit von Standesrechten aufgelöst hätte, und wo früher nur ein Volksrecht gegolten, nunmehr vier oder fünf Standesrechte seine Stelle eingenommen hätten. So sehr aber auch einer äusserlichen Betrachtung die ständische Gliederung mit diesen Rechtskreisen sich zu decken scheint, so ist doch im Grunde ein innerer Zusammenhang zwischen der ständischen Entwicklung und dieser Rechtsbildung nicht zu erkennen, weder in der Weise, dass die neuen Stände sich diese Rechts-

kreise geschaffen, noch in der Art, dass die neuen Rechtskreise die ständische Gliederung hervorgerufen und sich angeeignet hätten. Die Sache ist lange nicht so einfach, um mit dem einen Worte Ständerecht abgethan zu werden.

Zunächst steht ausser Zweifel, dass das Volksrecht direct in das Landrecht ausläuft; das alte Stammesrecht ist jetzt, da die deutschen Stämme dauernd feste Wohnsitze gefunden haben und so ein Franken-, Schwaben-, Sachsen*land* entstanden ist, selbst territorialisiert, Landrecht geworden, heimisch in einem bestimmten Lande, die lex *gentis* Francorum oder Saxonum ist das Recht fränkischen oder sächsischen *Landes*. Es ist kein neu geartetes Recht, sein Inhalt ist der des alten Volksrechtes. Aber dieses Landrecht umfasst nicht mehr wie das Volksrecht den gesammten Rechtsbestand: grössere und kleinere Gebiete sind ihm entfremdet. Auf sehr verschiedene Weise ist dieser Vorgang denkbar und hat er sich in der That vollzogen.

Am einfachsten und verständlichsten bietet sich das Verhältnis von Land- und Stadtrecht (Weichbildrecht) dar: das letztere ist schlechtweg die Weiterentwicklung des Landrechtes auf einer wirthschaftlich vorgerückteren Stufe. Die Rechtsinstitute des Landrechtes genügen neuen wirthschaftlichen Zuständen nicht mehr, es entstehen daher neue Rechtsbildungen, die den veränderten Verkehrsverhältnissen entsprechen; Sitz dieses entwickelteren Verkehrs und der darauf gegründeten Rechtsanschauungen sind die Städte: städtisches Gewohnheits- und Gesetzesrecht verdrängt hier das Landrecht und hält es auf den Gebieten zurück, wo die Stabilität der Lebensverhältnisse sich jenen wirthschaftlichen Neuerungen verschlossen hat. In Rom war das Recht von Anfang an Stadtrecht und bildete sich mit den Fortschritten des städtischen Verkehres einheitlich auf dem Boden stark entwickelter Geldwirthschaft weiter; das deutsche Landrecht rechnete mit keinem städtischen Handels- und Geldverkehre, sondern befriedigte die Bedürfnisse des bäuerlichen Lebens und der Naturalwirthschaft; die Städte mussten, als sie aus diesen Verhältnissen herauswuchsen, das Recht umbilden, und sie stellten neben das Landrecht das Weichbildrecht. Aber beider Function ist die gleiche, beider Ursprung liegt im Volksrechte, das Landrecht ist das den ländlichen Zuständen entsprechend entwickelte, das Weichbildrecht das der städtischen Wirthschaft gemäss ausgebildete Recht der Volksgemeinschaft[1]. Es ist dem

[1] Gelegentlich mag hier darauf hingewiesen werden, dass *Thöl*, Einleitung § 3, den Begriff Weichbildrecht viel zu vag und dem Sinn der Quellen gewiss nicht entsprechend auffasst, wenn er sagt: „Das Gebiet des Weichbildrechtes (Stadtrechtes)

Wesen nach ein ähnlicher Dualismus, wie ihn eine spätere Zeit in dem Gegensatze von gemeinem Civilrechte für das Gebiet des gewöhnlichen Verkehres und Handelsrechte für das Gebiet des Handelsverkehres zur Erscheinung gebracht hat.

Weitaus verwickelter aber ist die Abzweigung des Lehn-, Dienst- und Hofrechtes vom Landrechte. Schon früh entstanden eigenartige Gewalts- und Abhängigkeitsverhältnisse, sei es ausschliesslich oder vorwiegend persönlicher, sei es vorzugsweise dinglicher Natur, welche von Haus aus und an sich durchaus befähigt waren, als volksrechtliche Institute von den Organen des Volksrechtes entwickelt zu werden, und wohl auch ohne Zweifel dem Volks- und Landrechte erhalten geblieben wären, wenn sich nicht solche Gewalt in den Händen einzelner Personen über grosse Massen abhängiger Leute gehäuft hätte. Durch diese Wendung der Dinge wurde mehr und mehr das ursprünglich rein privatrechtliche Gewaltverhältnis auf den Boden eines der öffentlichen Gewalt analogen Herrschaftsrechtes gedrängt, der Gewalthaber vereinigte die von ihm abhängigen Leute zu einer Unterthanengemeinde, aus deren Mitte bald auch ein Gericht zur Handhabung des für diese Verhältnisse geltenden Rechtes entstand, und damit war die Rechtsbildung den Organen des Landrechtes entzogen und waren neue Rechtskreise des Hof-, Dienst- und Lehnrechts geschaffen.

Schon aus dieser Andeutung, die sofort näher zu erörtern ist, ergiebt sich der tiefgreifende Gegensatz zwischen Land- und Stadtrecht einer- und Hof-, Dienst- und Lehnrecht andererseits. Diese letzteren sind von dem Boden des Landrechtes abgedrängte, ihm entfremdete, ja sogar hinsichtlich der Wurzel, der sie entstammen, ihm feindselige Rechte. Das Weichbildrecht dagegen ist nur eine neue Form des

---

fasst jene drei Gebiete (des Volks-, Lehn- und Hofrechts) in sich, indem die Bewohner der Stadt entweder dem Volksrecht oder Hofrecht oder Lehnrecht unterworfen sind, je nachdem ihr Stand ist." Es ist richtig, dass es Stadtsatzungen giebt, welche derartige Mischungen von Volks- und Hofrecht enthalten. Beispielsweise kann man vielleicht zur Noth die leges et statuta familiae S. Petri Wormatiensis als eine Stadtsatzung bezeichnen, welche Volks-, Lehn- und Hofrecht in sich schliesst, aber nimmermehr gehören dieselben unter das Weichbildrecht im technischen Sinne. Das Weichbildrecht ist überhaupt erst zu einer Zeit entstanden, da es kein Hofrecht mehr in den Städten gab. Und so wenig wie ein Hofrecht ist ein Lehnrecht im Weichbildrechte begriffen. Wohl kann ein Bürger Lehnsmann einer auswärtigen Herrschaft sein, aber dann steht er auch für dieses Lehnsverhältnis ausserhalb alles Weichbildrechtes, schlechtweg unter Lehnrecht, nothwendigerweise ebensogut wie ein Landedelmann für sein Lehnsverhältnis nicht unter das Landrecht fällt. Nach Thöls Ansicht müsste es ein Lehn- und Hofrecht Land- und Stadtrechtes geben, ein Widerspruch in sich selbst.

Landrechtes, aus gleicher Wurzel mit ihm entsprungen. Das wird durch den Charakter der Rechtsorgane dieser verschiedenen Rechtskreise klargestellt[2].

Die Volksgerichte der alten Zeit, als die Träger des Volksrechtes, sind recht eigentlich die Organe des Rechtslebens der Nation, und wie die Nation als Staat auftritt, der alles Recht zur Geltung bringt, so sind die Volksgerichte Organe der Staatsgewalt und der öffentlichen Gerichtsverfassung. Dieser Charakter ist dem Landgerichte, dem Träger des Landrechtes, und nicht minder den Stadtgerichten, den Trägern des Stadtrechtes, geblieben, denn beide sind die Fortsetzung der alten öffentlichen Grafen- und Centenargerichte, der Volksgerichte. Die Lehn-, Dienst- und Hofgerichte dagegen entstammen privatrechtlicher Gewalt, realisieren nicht das dem Staatszwecke inhärente Recht, sondern eine aus Privatgewalt entstandene Herrschaft. Dadurch wird aber der bestimmteste Gegensatz zwischen Land- und Stadtrecht einer- und Lehn- und Hofrecht andererseits auch bezüglich des inneren Charakters ihres Inhalts hervorgerufen: dieser Inhalt ist nicht schlechtweg ein nach dem Gegenstand verschiedener, sondern ein nach seinem Wesen anders gearteter. Das bedarf einer Erklärung.

Es kann die Verschiedenheit vielleicht am deutlichsten durch eine Vergleichung bezeichnet werden: wir kennen im Civilprozessrechte den Gegensatz von allgemeinem und speciellem Gerichtsstande; den ersteren hat man für alle Rechtsverhältnisse, in denen man steht, mit Ausnahme der durch besondere Vorschrift ausgenommenen Fälle; für diese letzteren, bestimmt bezeichneten Arten von Rechtsansprüchen ist man dem speciellen Gerichtsstande unterworfen. In analoger Weise verhält es sich mit Land- und Weichbildrecht gegenüber Lehn- und Hofrecht: man ist dem Land- oder Weichbildrechte in der Gesammtheit seiner Rechtsbeziehungen unterworfen, mit Ausnahme des durch specielle Verumständungen unter Lehn- oder Hofrecht gestellten Rechtsverhältnisses. Es wird dies vielleicht für das Lehnrecht zugegeben, um so entschiedener aber für das Hofrecht zurückgewiesen werden, weil letzteres das allgemeine Recht der hörigen Leute sei, nach obiger Analogie also für diese Classe von Personen dem forum generale entspreche, nicht dem forum speciale. Ich glaube doch auch für das Hofrecht den Charakter eines Specialrechts in obigem Sinne aufrecht

---

[2] Das Dienstrecht kann im folgenden unerörtert bleiben, weil von ihm im Princip dasselbe gilt, was von dem Hofrechte zu sagen ist. Der Unterschied liegt nur darin, dass das Hofrecht die bäuerlichen, das Dienstrecht die Beamten- (Ministerialitäts-) Verhältnisse der Grundherrschaften betrifft.

erhalten zu können. Hierzu bedarf es zunächst eines kurzen geschichtlichen Rückblickes.

§ 6. 2. Geschichtliche Entwicklung des Gegensatzes.

Man darf den Ursprung des Hofgerichts und des Hofrechtes nicht schon in die ältesten Zustände des unfreien Standes verlegen. Denn die Unfreien hatten überhaupt gar keinen Anspruch auf Recht und Gerichtsbarkeit weder ihrem Herrn gegenüber noch für Streitigkeiten unter einander, sondern waren der Willkür ihres Herrn anheim gegeben, der nach Gutdünken strafte was ihm missfiel, oder als unbeschränkter Eigenthümer Zwistigkeiten zwischen seinen unfreien Angehörigen regulierte, wie es ihm passte[1]. Als im Jahre 893 zwei Hörige der Fraumünsterabtei Zürich den von König Arnulf zur Visitation der Abteiverwaltung abgeordneten Kammerboten mit einer zwischen ihnen obwaltenden Streitigkeit über ihre Zinsgüter behelligen wollten, verwies er sie einfach an die Aebtissin, welche auch wieder nicht auf gerichtlichem Wege ein Urtheil finden liess, sondern einen Gnadenspruch fällte (solita clementia equa divisione partire concessit)[2]. Hier gab es also überhaupt kein Recht, weil das einzige Recht, das Volksrecht, sich den Unfreien verschloss; soweit aber ein Unfreier durch ein Vergehen, das er verübte oder erlitt, mit Volks- und Rechtsgenossen in Contact kam, war es einzig und allein der Herr, der als Haftbarer oder als Beschädigter in eigenem Namen seinen Mann vor Volksgericht und nach Volksrecht repräsentierte und für ihn haften musste oder für ihn Sühne fordern durfte. Andererseits fehlte es auch für die Verhältnisse der freien Hintersassen anfangs an allen Bedingungen der Entstehung eines Hofrechtes, und zwar aus dem entgegengesetzten Grunde, weil ihre dingliche und persönliche Abhängigkeit dem Volksrechte und Volksgerichte unterstellt blieb und Streitigkeiten zwischen Herrn und Hintersassen[3] dem Volksgerichte unterbreitet wurden. Es gilt das jedenfalls für die rein dinglichen Abhängigkeitsverhältnisse, vorab die Precarie, selbst wenn sie eine Zinsbarkeit nach sich zog, von zinsfreien Beneficien und andern Leiheformen ganz zu schweigen, welche dem Volksrechte überhaupt nie

---

[1] Vgl. hierüber auch G. Meyer, Die Gerichtsbarkeit über Unfreie und Hintersassen nach ältestem Recht, in Z der Sav.-Stiftung II und III.

[2] G. v. Wyss, Gesch. der Abtei Zürich, Urk. Nr 19.

[3] Und mittelbar auch zwischen Hintersassen unter sich, insofern als, wenn der Herr den einen gegenüber dem andern bevorzugte, derjenige, der sich benachtheiligt glaubte, das Volksgericht gegen den Herrn und dessen Handlungsweise um Schutz anrufen konnte.

sind entfremdet worden. Die bekannte Formel der Precariebriefe: si de censu negligens apparuero, fidem exinde faciam neque rem perdam, verwies den Zinsherrn auf den Weg der volksgerichtlichen Execution für Geldschuld, der Precarist soll legaliter emendare, juxta legem componere, condemnatur ut lex praestit negligentibus[4]. Merkwürdiger ist, dass selbst bei persönlichen Muntverhältnissen das Volksrecht anfangs noch keineswegs beeinträchtigt schien, wenn wir wenigstens der vielfach räthselhaften und singulären Formel Turon. 43 (Zeumer 158 = Rozière 43) Realität beimessen dürfen. Denn sie ermöglicht dem Muntmann, gegenüber dem Herrn selbst das Volksrecht in weitester Weise anzurufen, indem sich der Herr verpflichtet, bei Nichthaltung des Vertrags Strafe zu zahlen. Wie weit die Wirklichkeit dieser in der Formel vorausgesetzten Gleichstellung von Muntherrn und Muntmann vor dem Volksrechte entsprach, mag dahingestellt bleiben, so viel ist doch kaum zu bezweifeln, dass gerade der Eintritt geringerer Leute in die Munt mächtiger Herren der wesentliche Anstoss zu hofrechtlichen Bildungen wurde. Die Precarie als rein dingliches Leihe- und Zinsverhältnis ohne persönliche Abhängigkeit scheint sich doch mehr und mehr aus den niedrigeren Kreisen der Bevölkerung zurückgezogen zu haben und mehr ein vornehmes Geschäft geworden zu sein, das über grössere Besitzungen abgeschlossen wurde, und das selbst reiche Herren als Precaristen einzugehen nicht verschmähten[5]. Aber der Kleinbauer der fränkischen Monarchie, der auf seiner dürftigen Wirthschaft verkümmerte und aller Mittel einer Verbesserung seiner Lage beraubt dem Hunger und der Blösse anheim fiel, musste froh sein, überhaupt nur in den Verband einer Grundherrschaft zu kommen[6], und warf sich einem Grundherrn ohne langes Markten in die Arme, d. h. er commendierte sich ihm in manus, in seine Munt und Herrschaft, und damit hatte er auf die Theilnahme an Volksrecht und Volksgericht schon halb verzichtet.

Denn je strenger in alter Zeit der Muntbegriff als stärkster Herrschafts- und Gewaltbegriff durchgeführt war — der Punkt wird uns später einlässlich beschäftigen —, desto leichter war die Annäherung solcher freier Muntleute an jene Mittelclassen, die man als Halbfreie bezeichnet und als Liten, zu minderem Rechte Freigelassene u. dgl.

---

[4] Rozière 323—325 = App. form. Par. 1 (Zeumer S 263), form. Bitur. 2 (ib. 169), Marc. II 41.

[5] Precarie des vir inlustris Gozbertus, des Herzogs Giselbert, der nobilissima femina Bertha: MR. UB. I Nr 163. 169. 174.

[6] Vgl. v. Inama-Sternegg, Deutsche Wirthschaftsgeschichte I, bes. S 172. 224. 340. 381. 391.

kennt. Von ihnen gilt immer noch das taciteische Wort non multum supra servos sunt, aber die Kirche, der überhaupt das Verdienst ungeschmälert bleiben soll, auf Besserung des Looses der Unfreien nach Kräften hingewirkt zu haben, gewährt auch ihren Freigelassenen, was das Volksrecht ihnen versagte: ein Gericht. So wenigstens, wenn l Rib. 58, 1[7] auf ein Gericht der Freigelassenen vor dem Bischof, in dessen Munt sie manumittiert sind, darf bezogen werden, was vielfach streitig ist[8]. Unter allen Umständen könnte es sich, wie Sohm[9] mit Recht bemerkt, keineswegs darum handeln, dass der tabularius in allen Rechtssachen, an denen er als Kläger oder als Beklagter betheiligt ist, dem Gerichte der Kirche wäre unterworfen worden, sondern es könnte eine Gerichtsbarkeit der Kirche angenommen werden nur soweit, als eine interne Sache zwischen tabularii im Streite liegt, — wie wir sehen werden das eigentliche Wesen des Hofgerichts[10].

Wie es sich auch mit jenem Satze der l. Rib. verhalten mag, so viel ist gewiss, dass mit zunehmender Flucht des Kleinbauernstandes aus dem öffentlichen Leben unter die Munt grosser Herren und der dadurch bewirkten Umgestaltung der Besitzverhältnisse die Grundherren, schon um Ordnung in die Oekonomie ihrer so gewaltig angeschwollenen Güter zu bringen, die Beziehungen ihrer Hintersassen unter ihnen selbst wie sich, den Herren, gegenüber nach bestimmten Normen regeln mussten. Es ging doch nicht an, alles nach freiem Belieben und der Laune des Augenblicks zu behandeln; hatten sich auch viele Bauern bedingungslos, auf Gnade und Ungnade, in die Gewalt der Grundherren ergeben, so hatten doch andere wieder Bedingungen gestellt, zu deren Schutz sie das Volksgericht anzurufen sich ferner berechtigt halten konnten. War es den Grundherren darum zu thun, ein Eingreifen der öffentlichen Gewalt in ihre inneren Sachen möglichst auszuschliessen, so mussten sie sich dazu bequemen, ihre Hintersassen derart zufrieden zu stellen, dass sie die Hilfe des Volksgerichtes und der öffentlichen Beamten nicht anriefen. Die Munt gab ihnen wohl grosse Macht, aber nicht schrankenlose Willkür. Das Resultat war Vereinigung der Hintersassen einer Hofverwaltung zu einer Rechtsgenossenschaft und damit einer Gerichtsgemeinde zum Zweck der Beurtheilung der internen Angelegenheiten der Hofgenossen, d. h. der

[7] Tabularii non aliubi nisi ad ecclesiam ubi relaxati sunt mallum teneant.

[8] G. Meyer a. a. O. II 110 Anm 2, dessen gezwungene Erklärung freilich kaum befriedigen kann.

[9] In Z f. RG V 440 f.

[10] Nicht zu verwechseln mit Patrimonialgericht, was auch Sohm a. a. O. S 441 thut. Ueber den Unterschied werde ich bald sprechen.

Beziehungen zwischen Grundherren und Hofleuten und zwischen den Hofleuten unter einander. So bildete sich das Hofgericht und aus dessen Praxis das Hofrecht.

Gelegentlich sei hier bemerkt, dass dieser Vorgang mit der Immunität nichts zu schaffen hat, wie ja auch eine grosse Zahl von Grundherren keine Immunitätsprivilegien erlangt hat. Das Wesen der Immunität reicht viel weiter, sie berechtigt den Immunitätsherren, jede Amtshandlung der öffentlichen Beamten auf seinem Grund und Boden auch in Sachen Auswärtiger abzulehnen; damit befasst sich Hofgericht und Hofrecht nicht, es findet seine feste Grenze in der Beschränkung auf die inneren Angelegenheiten der Hofgenossenschaft[11]. Daher darf auch das Hofgericht nicht mit dem später sogenannten Patrimonialgericht verwechselt werden, wie es vielfach geschieht. Denn mit der Patrimonialgerichtsbarkeit hat der Gerichtsherr die Befugnis empfangen, alle Sachen, in denen seine Angehörigen auch Auswärtigen zu Recht stehen müssen, zu entscheiden. Das liegt im Wesen der Hofgerichtsbarkeit an sich nicht, sondern ist ein Zusatz zu derselben aus der öffentlichen Gerichtsgewalt, daher auch die Patrimonialgerichte bezüglich des Organismus der landesherrlichen Gerichtsverfassung, des Instanzenzuges u. s. f. mit den Cent- oder Amtsgerichten auf gleicher Linie stehen.

Man kann also nicht sagen, dass das Hofrecht fähig gewesen sei, die hofhörigen Leute dem Volksrechte ganz zu entziehen, ja es war gar nicht einmal seine Tendenz, denn seiner Natur nach war es gar nicht dazu geeignet maassgebend auf denjenigen Rechtsverkehr zu wirken, in welchen die Hofhörigen nach aussen gelangten. Für Verbrechen und Vergehen, die sie ausserhalb der Hofgenossenschaft verübt oder von ausserhalb her erlitten hatten, für Rechtsgeschäfte mit Auswärtigen, soweit ihre rechtliche Stellung gegen den Herrn ihnen solche ermöglichte, standen sie eben unter dem Landrechte, wobei es grundsätzlich gleichgiltig ist, ob und wie weit sie nur durch das Mittel und die Vertretung des Herrn desselben genossen.

In gleicher Weise, nur auf einer höheren socialen Stufe, bildet sich getrennt vom Landrechte das Lehnrecht. Denn ursprünglich wird die Vassallität wie die Ergebung in bäuerliche Abhängigkeit durch Eintritt in die Munt eines Grossen begründet, und in der

---

[11] Die Verschiedenheit scheint sehr deutlich ausgesprochen in Cap. de latronibus 804—813 c. 9 (Boretius S 181), wo für Diebstahl, den Hörige invicem inter se begangen haben, das Gericht des Herrn gestattet wird (Hofgericht), für Diebstahl, dessen ein Höriger de foris, d. h. von einem Auswärtigen bezichtigt wird, der Missus competent sein soll.

ersten Zeit ist die Rechtsstellung eines Vassallen keine andere als die eines Zinsmannes. Aber während die Entwicklung der bäuerlichen Verhältnisse vermöge stärkerer Anspannung der Munt, d. h. der Gewalt über die Person, die Bauern zunächst in die Tiefe führt, bekleidet der militärische Dienst die Vassallen mit einer Ehre und einem Ansehen, welche die Munt mehr und mehr zurückdrängen und daher den Vassallen als selbmündiges Mitglied der Volksgenossenschaft und des Volksgerichts aufrecht erhalten. Zu einer Zeit, da das bäuerliche Hofgericht in den inneren Angelegenheiten der Hofverhältnisse sich ungestört entwickelte, fand eine Lehnsgerichtsbarkeit, welche die Lehnsachen dem Volksrechte und dem Volksgerichte entziehen wollte, noch entschiedenen Widerspruch seitens der öffentlichen Gewalt[12]. Aber in der Folge musste das Landrecht auch diese Position aufgeben.

Indem durch solche Privatherrschaft einfache Rechtsinstitute (Munt, Leihe), die unter andern Verhältnissen sich innerhalb des Volksrechtes und des Volksrechtssystems rein als solche hätten entwickeln können, der Ausbildung durch die volks-(land-)rechtlichen Organe entzogen wurden, mussten sie sich selbst einen neuen Rechtsorganismus schaffen, um in ihrer Vereinzelung lebensfähig zu sein. Hof- und Lehnrecht konnten nicht blos Rechtsinstitut bleiben, etwa wie väterliche Gewalt oder Niessbrauch, sondern mussten sich zu einem Organismus von Rechtsinstituten erweitern. Bei dem Hofrechte ist das in beinahe stärkerem Maasse der Fall gewesen als bei dem Lehnrechte. Bei beiden aber beruht eben hierauf ihr Wesen und Inhalt gegenüber dem Land- und Stadtrechte.

§ 7. 3. Inhalt und Gegensätzlichkeit der Rechtskreise.

Man sieht in dem Hofrechte meistens nur das Resultat einer Steigerung der grundherrlichen Gewalt auf Kosten des Landrechts. Und es ist kein Zweifel, dass, wie die öffentliche Gewalt durch die Grundherrschaften sich hat eine Schmälerung ihrer Rechte gefallen lassen müssen, damit auch das Landrecht eine Einbusse erlitten und ein Stück seines Gebietes an den Grundherrn abgetreten hat. Aber das ist nur die eine Seite der Sache: die Kehrseite ist die, dass das Recht des Grundherrn, welches als schlechthiniger Bestandtheil des Landrechts nach aussen wie nach innen den gleichen Charakter (des Eigenthums u. s. f.) bewahrt hätte, sich im Hofrechte, nach innen, durch Verflüchtigung zu einem Herrschaftsrechte abschwächen musste; und zwar handelt es sich dabei nicht etwa blos um eine theoretische

[12] Vgl. Roth, Feudalität S 229.

Frage juristischer Form, sondern um eine reelle Einbusse. Geistreich charakterisiert Segesser[1] das Hofrecht als „den Complex von Regeln über das abgeleitete Besitzrecht, welches die allmähliche Umgestaltung des Begriffes echten Eigenthums in denjenigen der Grundherrschaft bedingte". In der That ist dem Wesen des Hofrechtes der Umstand vielleicht am meisten charakteristisch und für die Folgezeit jedenfalls am meisten über sein Schicksal bestimmend gewesen, dass das ursprüngliche reine Privatrechtsinstitut des Eigenthums des Grundherrn an seinem Grund und Boden sich zu einem Herrschaftsrechte verflüchtigt hat, welches zwar immer noch im Landrechte, nach aussen, sich als echtes Eigen manifestiert, aber innerhalb des Hofrechtskreises selbst nicht als solches zur Geltung und Anwendung kommt, auch nicht gegenüber den Hofgenossen als Eigen benannt wird, sondern dominium, das ist Herrschaft, heisst. Dadurch ist im hofrechtlichen Verbande und Verkehre das Recht des Bauers am Gute selbst zu einem hofrechtlichen Eigenthum geworden, das der Herr durchaus respectieren muss, weil er sein eigenes Recht blos als Recht auf den Zins, nicht als Eigenthum im Hofgerichte zur Erscheinung bringt[2]. Indem aber dergestalt ein der öffentlichen Gewalt analoger Herrschaftsbegriff an der Stelle des Eigenthumsbegriffs das hofrechtliche Verhältnis beherrscht, ist ausserhalb des Volksrechtes ein vollständiger Rechtsorganismus entstanden, neben der öffentlichen Verfassung, die das Volksrecht erzeugt hat, eine privatrechtliche Hofverfassung, die aber, wie Albrecht so schön ausgeführt hat, ein Abbild des Staats ist, wie das Hofrecht ein Abbild des Volks-(Land-)Rechtes. Und daher reproduciert das Hofrecht in engeren Schranken alle Rechtsinstitute des Landrechtes, soweit sie Gelegenheit finden sich im Hofrechte überhaupt zu äussern: Eigenthumserwerb, Auflassung, Verpfändung, eheliches Güterrecht, Gerade, Heergewäte, Dreissigsten, vom grössten bis zum kleinsten alles modificiert nach der Hofverfassung und angepasst den durch die Grundherrschaft und die Hörigkeit gegebenen Voraussetzungen.

Nur eines kurzen Hinweises bedarf es, dass es sich mit dem Lehnrechte ebenso verhält. Das Eigen des Lehnsherrn am Lehngute

[1] Staats- und Rechtsgesch. von Luzern I 36.

[2] Offnung von Tannegg, bei Grimm, Weisth. I 276: wann die aigenschaft des guts ist des buwmanns und die zins der herrn. Niedersächsisch Grimm, Weisth. III 257 § 4: weme sie den eigenthumb und auch grund und bodden zuerkennen? ingepracht: den eigenthumb den rechten erben, aber grund und bodden dem hause Peina. „Grund und Boden" ist eben das dominium terrae, die Landeshoheit, nicht das Eigenthumsrecht in privatrechtlichem Sinne.

gehört blos dem Landrechte an, und ist für das Lehnrecht nur Voraussetzung, nicht Institut des Lehnssystems, weil es zur Lehnsherrschaft geworden und als solche die von vorneherein gegebene Grundlage ist, auf der das Lehnrecht entsteht und beruht. Und für den Rechtsverkehr unter den Lehnsgenossen eines Lehnshofes entsteht ebenso, wie oben für den hofrechtlichen Verkehr angedeutet, das Abbild des landrechtlichen Verkehres unter den Volksgenossen in Bezug auf Lehnsveräusserung und Lehnsübertragung, Satzung, Erbrecht, Vormundschaft u. s. w., selbst die Ansätze zu einem lehnrechtlichen Standerecht, als welches man im Grunde die Heerschildordnung betrachten kann, um so mehr, wenn man bemerkt, dass die Neigung zu Ausbildung eines selbständigen lehnrechtlichen Ebenbürtigkeitsprincips sehr bestimmt vorhanden war[3].

Können wir somit Hof- und Lehnrecht, in ihrer Bedeutung als selbständige Rechtsorganismen gefasst, bezeichnen als die Summe der Rechtssätze, welche den Rechtsverkehr innerhalb einer Hof- oder Lehnsherrschaft und in Bezug auf die durch grund- oder lehnsherrliche Abhängigkeit erzeugten Verhältnisse regeln, so ergiebt sich, dass



das sachliche, nicht das persönliche Element das eigentlich maassgebende ist. Es ist nicht das Recht der Hofhörigen, der Lehnsleute schlechtweg, sondern das Recht der Hof- und Lehnsverhältnisse, es hat durchaus objectiven, nicht subjectiven Charakter, und man hat daran Theil nicht seines Standes wegen, sondern weil und soweit man sich in hof- oder lehnrechtlichen Verhältnissen bewegt. Bei dem Lehnrecht dürfte das kaum auf Widerspruch stossen. Einmal kennt der Lehnsmann ausser seiner Lehnrechtssphäre auch noch eine andere, denn er kann ausser seinem Lehen auch noch freies Eigen haben oder gehört doch als schöffenbarfreier Mann einer Familie an, die freies Eigen hat, und ist als solcher ein Genosse im Landgericht, verkehrt in allen Beziehungen nicht lehnrechtlicher Natur nach den Grundsätzen des Landrechtes und steht für diesen Verkehr unter dem Landrichter. Ferner aber, und das ist noch wichtiger, sind diese zwei Rechtskreise, in denen er sich bewegt, nicht der Art geschieden, dass er unter Landrecht und Landgericht stünde nur für sein freies Eigen oder überhaupt einen Verkehr, der das Lehngut nicht berührt, dagegen unter Lehnrecht und Lehngericht für alles, was das Lehngut

---

[3] Schröder in Haupts Z f. d. Alterth. NF I 13: „Die Anschauung, dass die Ehe eines Vassallen mit der Tochter des Lehnsherrn oder überhaupt mit der Tochter eines Uebergenossen (nach dem Heerschilde) eine Missheirat sei, tritt in den Gedichten häufig hervor.“ Vgl. das. S 18.

beträfe: sondern auch das Lehn tritt vielfach in landrechtlichen Verkehr, kann ausserhalb des Lehnsverbandes verkauft, verpfändet, zu Leibzucht gegeben werden, immerhin unter Voraussetzung des Consenses des Lehnsherrn[4]. Nur soweit man sich in Lehnsverhältnissen bewegt, steht man unter Lehnrecht. Der Ritter, der seiner Ehefrau eine Leibzucht bestellen will und mangels eines allodialen Gutes ein Lehn dazu bestimmt und die Einwilligung des Lehnsherrn dazu erlangt, handelt bei dieser Leibzuchtbestellung nicht als Lehnsmann, sondern als Schöffenbarfreier, ändert nichts am Lehnsverhältnisse, sondern ordnet ein landrechtliches Verhältnis des ehelichen Güterrechtes. Dagegen kommt nur sein lehnrechtliches Verhältnis in Betracht, wenn es sich fragt, welchen Rang er in der Lehnshierarchie einnehme, daher hier nicht sein landrechtlicher Stand, sondern sein lehnrechtlicher (Heerschild) entscheidet; oder wenn es sich um seine Beerbung handelt, so kommt das vom Lehnrecht aufgestellte Erbrequisit zur Geltung, weil der Erbe durch den Erbschaftserwerb in das Lehnsverhältnis eintritt, selbst Lehnsmann wird.

Mit dem Hofrechte verhält es sich nun aber ebenso. Allerdings ist es wahr, dass hier weitaus in den meisten Fällen, ja regelmässig der Hofhörige in Beziehung auf sein Hofgut nur hofrechtlichem Verkehre unterliegt und ausserhalb desselben keinen Anlass zu rechtlichem Handeln hat, weil er des Landrechts nicht theilhaftig ist; und nimmt man dazu, dass, abgesehen von den oben S 31 berührten Möglichkeiten, sich das Rechtsleben des Hofhörigen in dem engen Kreise der Hofgenossenschaft erschöpft, so kann man leicht dazu kommen, das Hofrecht persönlich zu fassen und als das Recht der hörigen Leute zu nehmen. Aber was factisch überwiegt, ist nicht das rechtliche Princip. Es giebt immer und überall Zinsgüter, die in einen Hofverband gehören und in dieser Eigenschaft nur hofrechtlichem Verkehre unterliegen, die aber einem Nichthofhörigen, einem freien Manne, verliehen sind und daher durch ihn auch landrechtlichen Verkehres geniessen können. Es kommt vielfach vor, dass freie Bürger einer Stadt oder freie Bauern oder selbst Klöster u. s. f. ein in einen grundherrlichen Hof gehöriges Gut erwerben: dann treten sie für allen dieses Gut betreffenden hofrechtlichen Verkehr unter das Hofrecht, ohne deshalb persönlich hofhörig zu werden; gerade weil letzteres nicht der Fall ist, stellen sie der Herrschaft einen Huber, der das Gut bewirthschaftet und alle Zins- und Dingpflicht gegen die Herrschaft auf

[4] Belege bei Heusler, Gewere S 135 f. Mon. Bo. VIII 30: non potuimus contractum absque consensu domini feodi stabilire.

sich nimmt. So gab Junker Heman Seevogel der Domprobstei Basel für ein Gut, das er in ihrem Dinghofe Bubendorf erworben, einen Huber, so das Kloster Selnau der Probstei in Zürich für ein Gut in Albisrieden[5]; allgemein spricht den Grundsatz das Weisthum von Emmerke bei Grimm, Weisth. IV 664 § 19 aus:

> Es kan auch keyn freyman eigenbehörige meyerdingsgüter, davon halshüner und baulebung gehen, besitzen, er setze dan eine getreue handt an das meyerdingsguth und er bleibe also frey.

In solchem Falle konnte sich wohl ebenso gut wie bei Lehngütern ereignen, dass der Inhaber dieses Zinsgutes es im Landgericht, bez. im landgerichtlichen Verkehre verkaufte, verpfändete, zu Leibzucht gab; der Grundherr erlitt dabei keine Schmälerung seiner Rechte, die Pflicht zur Stellung eines Hubers blieb aufrecht. Insofern gilt auch für das Hofrecht, dass es nicht das Recht der Hofhörigen ist, sondern das Recht für den Verkehr in hofrechtlichem Verhältnisse, ein Recht, an welchem auch nichthofhörige Leute Theil haben können.

Es ist nun leicht ersichtlich, dass das Stadtrecht nicht dem Hof- und Lehnrechte, sondern dem Landrechte gleichartig ist. Um auf gleicher Linie mit jenen zu stehen, müsste es etwa als die Summe der Rechtssätze können bezeichnet werden, welche hinsichtlich des Verkehrs über Güter gelten, die zu Stadtrecht verliehen sind. So etwas giebt es aber nicht; es ist allerdings richtig, dass vielfach das den Stadteinwohnern von der Herrschaft an den städtischen Liegenschaften eingeräumte Recht wicbilede, Weichbild, Weichbildrecht genannt wird, besonders in Westfalen und Lübeck[6], aber damit ist nicht ein eigenthümlicher Rechtskreis und Rechtsorganismus geschaffen, dieses Weichbildrecht ist einfaches Rechtsinstitut gleich der Erbleihe und höchstens als solches Bestandtheil des Weichbildrechtes in dem hier maassgebenden Sinne, d. h. des Rechtes, das die städtische Geldwirthschaft in Modification des Landrechts für städtisches Leben erzeugt hat. So ist zwischen Land- und Weichbildrecht nur ein wirthschaftlicher, kein rechtlicher Gegensatz, dagegen zwischen Land- und Hof-, bez. Lehnrecht kein wirthschaftlicher, sondern ein rechtlicher: jenes (und mit ihm das Stadtrecht) das nationale Recht, getragen von den Organen des Staats- und Rechtslebens des Volkes, diese dagegen

---

[5] Bluntschli, RG von Zürich I 211 Anm 184. Vgl. Gierke, Genossenschaftsrecht II 284 Anm 83; Grimm, Weisth. I 786 Z. 14 ff.

[6] Ausser Pauli, Die Wieboldsrenten, vgl. Wilmans, Westf. UB III Nr 282. 348. 349. 564 (abgabenfrei).

Specialrechte für bestimmte Abhängigkeitsverhältnisse, getragen von den Organen einer im Gegensatz zu der Staatsgewalt gebildeten Privatherrschaft.

§ 8. 4. Keine Standesrechte.

Nun wird auch zuzugeben sein, dass diese verschiedenen Rechte und Rechtskreise nicht, wie es meistens geschieht[1], als Standesrechte und Standesrechtskreise dürfen bezeichnet werden. Denn unter Stand im Rechtssinne, d. h. einer Gemeinschaft, welche Standesrechte hat, kann man doch nur eine Personenclasse verstehen, die als solche gewisser rechtlicher Vorzüge oder Eigenschaften geniesst, deren Mitglieder also vermöge ihrer persönlichen Zugehörigkeit zu dem Stand dieser Eigenschaften theilhaftig sind, und die Summe der Rechtsvorschriften über diese Vorzüge und Eigenschaften bildet das Standesrecht. Wäre das Lehnrecht ein Standesrecht, so müsste es einen Vassallenstand in eben bezeichnetem Sinne geben, d. h. der Vassall müsste des Lehnrechtes theilhaftig sein, weil er Mitglied des Vassallenstandes ist. Das ist bekanntlich nicht der Fall, der Vassall wird des Lehnrechts nicht in Folge Beitritts zu einer Lehns- oder Vassallengenossenschaft, an deren Mitgliedschaft das Lehnrecht geknüpft wäre, theilhaftig, sondern umgekehrt in Folge des Empfangs eines Lehns, aus welchem erst secundär die Mitgliedschaft in dem betreffenden Lehnsconsortium folgt[2]. Es giebt darum auch keinen Vassallenstand, und die Schriftsteller, welche das Lehnrecht

[1] Besonders bestimmt bei Gerber, System des d. PrR § 36: „Das mittelalterliche Recht spaltet sich in so viele Theile, als sich entschiedene Stände herausstellen, Landrecht, Lehnrecht, Hofrecht, und gewissermaassen (!) gehört hierher auch das Weichbildrecht. Der grösste Theil unseres einheimischen Privatrechts hat sich sonach als Standesrecht ausgebildet.“ Vgl. auch Stobbe, Handbuch, 2. Aufl., I 326 f.

[2] Man entgegnet etwa, das sei bei allen Berufsständen der Fall: der Geistliche, der Militär, der Beamte würden auch erst der Rechte ihres Standes theilhaftig durch Eintritt in ihren Beruf. Wir müssen aber Beruf und Anstellung aus einander halten. Der examinierte und ins Kirchenministerium aufgenommene Geistliche gehört dem Berufsstande der Geistlichkeit an, auch wenn er noch keine Anstellung hat, der zur Disposition gestellte Militär und der pensionierte Beamte sind Mitglieder des Militär- und des Beamtenstandes, obschon sie nicht in activem Dienste stehen. Der Geistliche ohne Amt hat die Rechte seines Berufsstandes, aber er steht unter keiner Amtsordnung und hat noch keine Amtspflichten. Die Analogie der Anstellung, des activen Dienstes, ist das Vassallenthum, die Analogie des Berufs dagegen die ritterliche Lebensart, später der Adel, und die Analogie der Amtsordnung das Lehnrecht. Dieses letztere ist nicht Ausfluss der persönlichen Qualität der Ritterbürtigkeit, sondern Folge des Dienst- und Leihevertrags.

als Standesrecht bezeichnen, sprechen auch nicht von einem solchen, sondern von dem Adelsstande als dem Lehnrechtsstande. Demgemäss müsste man also durch Zugehörigkeit zu dem Adelsstand des Lehnrechtes theilhaftig und ihm unterworfen sein. Das ist wiederum nicht der Fall, denn es gehört nicht zum Begriff des Adels, auch wirklich ein Lehn zu haben, und die vielen Adlichen, welche in keiner Lehnsverbindung stehen, gehören ebenso gewiss dem Adelsstande an als sie keinem Lehnrechte unterstellt sind. Allerdings ist, wenigstens in der späteren Entwicklung, nur der Adel lehnsfähig (dass auch Bürgern durch königliches Privileg die Lehnsfähigkeit ertheilt worden, mag als Ausnahme gelten, welche die Regel stärkt), und so mag die Lehnsfähigkeit als Standesrecht des Adels bezeichnet werden. Aber das ist etwas ganz anderes als das Lehnrecht in dem Sinne, in welchem wir hier davon reden. Der Lehnsfähige, der kein Lehn hat, steht nicht unter Lehnrecht. Und mit der Lehnsfähigkeit, d. h. dem Rechte ein Lehn erwerben zu können, hört das Standesrecht als solches auf, das Lehnrecht selbst ist nicht mehr Ausfluss des Standes und der persönlichen Zugehörigkeit zu einem Stand, sondern des Leiheverhältnisses und des damit vollzogenen Eintritts in den Lehnsverband, und darum ist das Lehnrecht nicht Standesrecht des Lehnsmannes, sondern das Recht für seinen Lehnszustand, sein Lehnsverhältnis.

Dazu kommt, dass der Rittersmann auch unter dem Landrecht, nicht blos unter Lehnrecht steht. Auch das Landrecht müsste also Standesrecht des Adels sein. Das nehmen in der That jene Schriftsteller an[3]. Somit hätten wir schon zwei Standesrechte für die gleichen Personen, und zwar nicht zwei Standesrechte als Einzelrechtsinstitute gedacht, die neben einander bestehen können als Ausfluss einer Standesangehörigkeit, sondern zwei Standesrechtsgebiete, so, dass dieselbe Person zwei verschiedenen Ständen angehören würde. Und da ein Rittersmann als Bürger einer Stadt auch am Stadtrechte Theil haben kann, so hätte er hier zu seinem Ritterstande auch noch den Bürgerstand erworben. Andererseits, da auch ein nicht ritterbürtiger freier Bauer unter Landrecht stehen kann, so nähme er dadurch am Adelsstande Theil. Das geht offenbar nicht; ein Ritter kann wohl Bürger einer Stadt sein, aber nicht dem Bürgerstand als solchem (insofern man darunter den Berufsstand der ein bürgerliches Gewerbe oder zünftiges Handwerk Treibenden

---

[3] So Stobbe a. a. O.: „Der Adel hatte sein Land- und sein Lehnrecht, für die Städter galt das Weichbildrecht, für Bauern und Leibeigene das Hofrecht."

versteht) angehören; hat er daher am Stadtrechte Theil, so ist auch das Stadtrecht kein Standesrecht des Bürgerstandes[4].

Und endlich verhält es sich auch mit dem Hofrechte nicht anders, obschon der die Regel bildende thatsächliche Zustand am ehesten hier von Standesrecht reden liesse. Was für ein Stand wäre gemeint? Jedenfalls nicht der Bauernstand schlechtweg, denn erstens giebt es vollfreie Bauern, welche nicht unter Hofrecht stehen, und andererseits auch hörige Bauern, welche Hofrechtes darben, weil sie keinem Hofverbande angehören. Zweitens aber und hauptsächlich kann die unter Hofrecht stehende Genossenschaft aus persönlich freien Zinsleuten oder aus Hörigen milderen Grades (Liten) oder aus Leibeigenen bestehen, ihr Stand wird durch das Hofrecht nicht afficiert. Juristisch ist also das Hofrecht nicht Folge der Zugehörigkeit zu dem unfreien Bauernstand, sondern das Recht der durch eine Grundherrschaft ausgebildeten Abhängigkeitsverhältnisse.

Um Standesrechte zu sein, müssten Land-, Lehn-, Hof- und Stadtrecht als Abstufungen der Rechtsfähigkeit der Stände in weiterem oder engerem Umfange, jedenfalls aber auf dem Boden eines und desselben Rechtes, innerhalb eines einheitlichen Rechtsorganismus, erscheinen, also z. B. etwa nach dem Grade dinglicher Freiheit oder Abhängigkeit, ähnlich wie der Sachsenspiegel Schöffenbare, Pfleghafte und Landsassen auf dem Boden des Landrechts als drei verschiedene Standesclassen nach Maassgabe des rechtlichen Charakters ihres Grundbesitzes unterscheidet. Dann müsste aber auch ein Stand den andern ausschliessen, und so wenig ein Schöffenbarer zugleich Pfleghafter und ein Pfleghafter zugleich Landsasse sein kann, so wenig dürfte dann ein Vollfreier des landrechtlichen Standes zugleich Vassall und ein Vassall zugleich Bürger sein. Weil sie aber beides und sogar alles drei sein können, sind Land-, Lehn-, Stadt- und Hofrecht keine Standesrechte.

§ 9. 5. Culturgeschichtliche Bedeutung.

Wir können die Betrachtung dieses merkwürdigen Gangs deutscher Rechtsbildung nicht schliessen, ohne sie kurz in ihrer Bedeutung für

---

[4] Ein drastisches Beispiel zur Illustration des Gesagten ist das. Das sächsische Weichbildrecht 22 sagt, in den Städten gebe es keine Morgengabe, denn man pflege in den Städten mit Steinen zu bauen. Wäre das Stadtrecht ein Standesrecht des Bürgerstandes, so läge darin ausgesprochen: die Zugehörigkeit zum Bürgerstand berechtigt zum Bauen steinerner Häuser. Darum handelt es sich aber nicht, sondern es wird einfach constatiert, dass „tünete unde timbere“, die zu Morgengabe bestellt werden, in den städtischen Verhältnissen ausser Gebrauch gekommen sind.

das gesammte Rechtsleben der Nation zu würdigen. Von rein politischem Standpunkte aus, von welchem man nur die Einheit des Reichs und der Reichsgewalt und damit die Einheit aller Gerichts- und Rechtsorgane als heilsam und für die Entwicklung nationalen Lebens erspriesslich ansieht, wird diese Zersplitterung der Rechtsorgane und der Rechtsbildung ungünstig beurtheilt werden. Und gewiss steht es ausser Frage, dass die ganze Schwäche der politischen Entwicklung Deutschlands hierin einen sprechenden Ausdruck gefunden hat: die Organe der öffentlichen Gerichtsverfassung und zugleich die Träger des Volksrechtes sind nicht im Stande, diese Abhängigkeits- und Leiheverhältnisse in ihrer Hand zu behalten, sie überlassen den aufstrebenden Elementen der Lehns- und Grundherrschaften in und mit der Lehns- und Hofgerichtsbarkeit ein Stück öffentlicher Gewalt und entziehen damit den Lehns- und Hofleuten die Pairschaft mit dem Herrn vor dem Volksgerichte und dem Volksrechte in diesen Beziehungen. Freilich sollte man auch nicht übersehen, dass das Lehnssystem seinerseits selbst wieder gegen die Zersplitterung ein Correctiv in sich trug und darbot, welches die französischen und die englischen Könige besser als die deutschen zu nutzen und für die Einheit der Gewalt zu verwerthen wussten.

Aber bleiben wir einmal bei der landläufigen Ansicht stehen: gegenüber dieser unleugbaren Schwäche der volksrechtlichen Institutionen die Pracht des Lehnrechtssystemes in die Wagschale zu legen, wie es vielfach geschehen, scheint ein allzu dürftiges Aequivalent zu sein, das nicht einmal vom formal juristischen Gesichtspunkte aus Stand hält, wenn man etwa den empfindlichen Spott wahrnimmt, welchen Jhering[1] in seiner Lobrede auf die Freiheit des römischen Eigenthums über die „reichere Entwicklung des Eigenthumsbegriffs im deutschen Rechte" ausgiesst. Was nützte, so fragt man, diese Ausbildung sogenannter abgeleiteter Eigenthums- und Besitzrechte in engen lehns- und grundherrlichen Kreisen und ein für doctrinelle Betrachtung noch so imposanter Bau eines Rechtssystems auf dieser Grundlage, wenn die für das Ganze erspriessliche Einheit des Rechtslebens darüber in die Brüche ging? Da ist nun eben die Frage, ob nicht vielmehr dieser Kritik ein formal juristischer Doctrinarismus zu Grunde liegt, welcher den reellen Gewinn übersieht, den das Rechtsleben des deutschen Volkes aus dieser Entwicklung der Dinge zog. Wenige Seiten weiter spricht Jhering von der schadhaften Gestaltung des Systems der römischen Gütervertheilung als

[1] Geist des röm. Rechts II § 33.

dem Todeskeime, an welchem Rom zu Grunde gegangen ist, indem in Folge des Druckes der Kriege der kleine Grundbesitz sich neben dem grossen nicht zu halten vermocht habe, zum grossen Theile von ihm absorbiert, der freie Bauernstand verdrängt worden sei. Das ist ja wie von der Zeit Karls des Grossen geschrieben, aber warum ist für Deutschland damit nicht der Todeskeim gelegt worden, warum hat es diese sociale Frage, die Rom nicht zu lösen vermocht hat, so über Erwarten gut gelöst? Nur vermittelst dieser sogenannten reicheren Entwicklung des Eigenthumsbegriffs. Man mache sich klar, wohin es gekommen wäre, wenn eine eiserne öffentliche Gewalt jede selbständige Regung der Lehns- und Grundherrschaften in der Richtung einer besonderen Lehns- und Hofverfassung und Gerichtsbarkeit verhindert hätte. Am wenigsten hätte dabei der Kleinbauer und der kleine Grundbesitz gewonnen, im Gegentheil: alle die kleinen Leute, die sich zumal in der Hofverfassung eine neue rechtliche Existenz erwarben, wären von öffentlicher Gewalt und vom Volksrechte wohl oder übel in der Hauptsache doch schutzlos gelassen, dem starren Eigenthum der Grundherrn anheim gefallen, aus den Grundherrschaften wären grosse Latifundien wie in Rom erwachsen, die im besten Falle mit einem besitzlosen Proletariat, im wahrscheinlicheren aber mit einem unermesslichen Sklavenstande wären bevölkert gewesen. Statt dessen war eben kraft innerer Nothwendigkeit mit der Emancipation der lehns- und grundherrlichen Verhältnisse von dem Volksrechte jene Verflüchtigung des Eigenthums in Grundherrschaft verbunden, von der schon oben die Rede gewesen. Der Bauer, dem das Volksrecht im allergünstigsten Falle nur ein jus in re aliena an seinem Hofgut hätte gewähren können, gewinnt in der Hofverfassung ein hofrechtliches Eigenthum, das im Hofgerichte einem selbständigen und directen Verkehre mit den Genossen anheim gegeben war. Die Folgezeit hat deutlich genug bewiesen, dass der Grundherr rein privatrechtlich einbüsste, was er an oberherrlicher Machtstellung gewann. Der Vorgang war nicht der, wie ihn Jhering darstellt, dass der kleine Grundbesitzer den nöthigen Verkauf des Guts durch Veräusserung intellectueller Werththeile desselben umgeht, sich durch Auflage von ewigen Renten, Lasten u. s. w. auf die Sache Geld verschafft, und so das Eigenthum eine innere Entnervung und Abschwächung erleidet, ein verkümmertes, krüppelhaftes, moralisch und ökonomisch sieches Eigenthum zurückbleibt; sondern im Gegentheil, der Herr hat dem Bauer mehr und mehr „intellectuelle Werththeile" des Guts veräussert, sich durch Auflage von Renten und Lasten für sein Eigenthum abfinden lassen, und dem besitzlos gewordenen Bauer ist dadurch die Möglichkeit eröffnet worden

sich wieder eine Existenz zu schaffen und wenn auch durch Arbeit von Jahrhunderten wieder sein volles Eigenthum zurückzuerwerben.

Wir Kinder des 19. Jahrhunderts sind ja alle auch Kinder der Revolution darin, dass wir „gleiches Recht für alle“ als ein für alle Zeiten wahres Grundrecht der Menschheit hinzunehmen geneigt sind. Wir übersehen dabei, dass es zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Culturzuständen sehr verschieden wirkt. Wie wir heute die Erfahrung machen, dass dieses Princip der Capitalmacht am meisten zur Förderung gedient hat, so hätte es im Mittelalter zu einseitigster Ausbeutung der im Grundeigenthum liegenden Rechte geführt, wie es in Rom geschah und seit der Reception des römischen Rechtes auch in Deutschland aufkam. Den im Mittelalter vorherrschenden Gedanken hat Arnold[2] in das treffende Wort gefasst: „Es braucht nicht jeder das gleiche Recht zu haben, wenn jeder nur ein Recht überhaupt hat.“ Damit ist auch die Bedeutung dieser abgeleiteten Rechtskreise, zumal des Hofrechtes, für die Culturentwicklung des deutschen Volkes charakterisiert. Und wie wir in der Natur um so grössere Vollkommenheit finden, je mehr besondere Organe für die verschiedenen Zwecke bestehen, nicht aber, je grössere Einfachheit des Organismus herrscht, so ist auch das Rechtsleben Deutschlands durch diese Mehrheit der Rechtskreise und Rechtsorgane ein intensiveres, reicheres, die verschiedensten Zwecke besser erfüllendes, den mannigfaltigsten Bedürfnissen mehr Genüge leistendes, der Entfaltung der Volkskraft nach allen Seiten grösseren Spielraum gewährendes geworden, als wenn das Volksrecht allein herrschend geblieben wäre, das unter den damaligen wirthschaftlichen und Cultureinflüssen nothwendig zu einseitiger Ausbeutung des Eigenthumsbegriffs hätte führen müssen.

§ 10. 6. Ergebnis für die systematische Anordnung.

Jetzt kann die Frage beantwortet werden, wie sich eine Darstellung des mittelalterlichen Privatrechtssystems gegenüber diesen verschiedenen Rechtskreisen und Rechtssystemen zu benehmen habe.

Hätten wir es mit Standesrechten zu thun, welche die ganze Rechtspersönlichkeit und den gesammten Rechtsverkehr der ihnen untergebenen Standesgenossen erschöpfen, so könnte sich rechtfertigen, auf ein einheitliches System zu verzichten und die Darstellung in vier Standesrechtssysteme auslaufen zu lassen. Aber jeder Versuch in dieser Richtung muss unausweichlich misslingen und selber zum deutlichsten Beweise des Satzes dienen, dass Land-, Lehn-, Hof- und

[2] Cultur und Recht der Römer S 124.

Stadtrecht keine Standesrechte sind. Phillips hat in seinem Systeme des heutigen deutschen Rechtes den Versuch gemacht und ist damit durchaus gescheitert. Unwillkürlich ist er doch wieder dahin gedrängt worden, ein einheitliches System aufzustellen, und die verschiedenen Standesrechte, in deren Rahmen alles Recht hätte zur Erscheinung kommen sollen, sind unvermerkt zu einem Recht der Lehns-, der Bauernguts- und der Handelsrechtsverhältnisse zusammengeschrumpft, was im Sinne der obigen Ausführung überhaupt kein Standesrecht mehr ist.

Zwei Wege bieten sich dar. Der eine hat sein Vorbild in den mittelalterlichen Rechtsbüchern selbst, welche, auf Herstellung eines einheitlichen Systemes verzichtend, das Land- und das Lehnrecht von vorneherein als zwei gesonderte Rechtsgebiete behandeln. Es wäre sehr verlockend, diesem Vorgange zu folgen. Homeyers Darstellung des Lehnrechtssystems beweist zur Genüge, wie vortheilhaft dadurch der wunderbare Auf- und Ausbau des Lehnrechtes kann zur Erscheinung gebracht werden. Aber trotzdem glaubte ich diesen Weg nicht einschlagen zu sollen, und zwar darum, weil alle diese Rechtskreise mit demselben Rohmaterial, d. h. denselben Rechtsbegriffen und Rechtsinstituten arbeiten, und mein Plan auf Darstellung dieses Rechtsmaterials als der gemeinsamen Grundlage aller durch jene Rechtskreise hergestellten Rechtsordnungen in erster Linie gerichtet ist. Vom socialen und wirthschaftlichen Ausgangspunkte wird man vielleicht zu jener Trennung genöthigt, vom juristischen gelange ich zu einem Vorgehen, das durch den im bisherigen festgestellten Charakter dieser verschiedenen Rechte mir vorgezeichnet erscheint. Es hat sich nämlich als der eigentliche Sitz des nationalen deutschen Rechtes das Landrecht und auf einer vorgerückteren Stufe wirthschaftlicher Entwicklung das Weichbildrecht erwiesen, Lehn- und Hofrecht dagegen sich als Nachbildungen des Landrechts in herrschaftlichen Kreisen ergeben. Lehns- und Grundherrschaft haben, indem sie selber als rechtsbildende Organe aufgetreten sind und in engerem Kreise den Staat nachgeahmt haben, auch die Rechtsinstitutionen des Landrechts in diesem engeren Kreise und in einer den Verhältnissen angepassten Weise reproduciert. Daher ist es derselbe Rechtsstoff, der allen diesen Rechtsbildungen als Material für ihre Thätigkeit gedient hat. Soll er nun in möglichst einheitlichem Systeme dargestellt werden, so muss unbedingt der Rechtsbestand des Landrechtes und (in zweiter Linie, für spätere Rechtsbildungen) des Stadtrechtes zur Grundlage genommen werden, weil das der eigentlich nationale und ursprüngliche Rechtsbestand ist. Den Kern der Darstellung muss daher das System

des Landrechts bilden. Soweit Lehn- und Hofrecht die landrechtlichen Institute einfach und unverändert reproducieren, bedarf es keiner besonderen Berücksichtigung, wo aber diese Rechte singuläre Formen geschaffen, neue Sätze geschaffen, landrechtliche Institute ihrem besonderen Zwecke dienstbar gemacht und modificiert haben, ist jeweilen an dem geeigneten Orte bei den Instituten des Landrechts darauf Rücksicht zu nehmen, z. B. auf die Heerschilde bei den Standesverhältnissen, die Lehnsvormundschaft bei der Vormundschaft, singuläre hofrechtliche Erbverhältnisse im Erbrechte u. s. f.

Hierbei ist aber das eine nicht zu übersehen: bei stricter Einhaltung dieses Verfahrens und ausschliesslicher Zugrundelegung des Landrechtssystems fände sich kaum eine Stelle, wo die lehn- und die hofrechtliche Leihe selbst, als selbständiges Rechtsinstitut aufgefasst, zu behandeln wäre. Denn diese Leihen vollziehen sich nicht mehr im landrechtlichen Verkehre, sind also keine Institute des Landrechtes mehr, sondern dem Lehn- und Hofrechte eigenthümliche Rechtsformen geworden. Andererseits ist einleuchtend, dass sie dem Volksrechte entsprungen sind. Belehnung und bäuerliche Leihe mussten ja schon längst ausgebildet sein, bevor Lehns- und Hofgerichtsbarkeit und damit Lehn- und Hofrecht entstehen konnten, sie waren geradezu die Voraussetzung der letzteren. Diese Ausbildung konnte nur im Volksrechte und mit einem in diesem liegenden Material erfolgen, und in der That sind dieselben Elemente dazu verwendet worden, die der Eigenthumsübertragung, der Leibzuchtbestellung und der Satzung angehören. Dass dann das Lehn- und das Hofrecht die so im Volksrechte entstandenen Institute für sich in Beschlag genommen haben, ändert an ihrem juristischen Wesen nichts: weder die Belehnung (Investitur) noch die bäuerliche Leihe enthält ein dem Landrechte von Haus aus fremdartiges Element in sich. Daher sind diese Leiheformen in ihrer Eigenschaft als Rechtsgeschäfte, welche dingliche Rechte begründen, und das dadurch erzeugte dingliche Recht selbst als Bestandtheil des Immobiliarsachenrechts darzustellen, und zwar auf gleicher Stufe mit den Rechten von Eigenthum, Leibzucht, Satzung, mit denen sie den gemeinsamen Grundbegriff theilen, wie die Einleitung des Abschnitts über das Immobiliarsachenrecht noch präcisieren soll.

Drittes Kapitel.

Der Rechtsformalismus.

§ 11. 1. Die Stadien der inneren Entwicklung des Rechtes.

Bei Betrachtung der Rechtskreise sind wir der Rechtsbildung in der Richtung ihrer mehr äusserlichen, die Organe für das Functionieren des Rechtes erzeugenden Thätigkeit nachgegangen; wir wenden nunmehr unsern Blick der innerlichen Entwicklung, ich möchte sagen der Charakterbildung des deutschen Rechtes zu. Hat das vorhergehende Kapitel uns die Rechtsbildung in ihrem Zusammenhange mit dem wirthschaftlichen Leben der Nation vorgeführt, so suchen wir sie jetzt als Stück der geistigen und sittlichen Entwicklung des deutschen Volkes zu erkennen.

Von dieser Seite betrachtet stellt sich das Rechtsleben eines jeden Culturvolkes als in der Bewegung durch drei Stadien der Entwicklung begriffen dar; man dürfte vielleicht dieselben als das divinatorische, das formalistische und das intellectuelle Stadium bezeichnen, in dem Sinne, der sofort zu erläutern sein wird. Alle drei müssen, um wirklich segensreich zu wirken und ihre Aufgabe zu lösen, von dem Bewusstsein getragen sein, dass das Recht eine göttliche Ordnung, eine höhere Macht, als solche zu erkennen und im irdischen Leben zu verwirklichen, nicht menschliches Product und als solches in Willkür zu meistern ist. Am reinsten wirkt dieses Bewusstsein in der ersten Kindheit eines Volkes; dann, je mehr die Verstandesarbeit sich des Rechtes bemächtigt, schwächt sich die scharfe Ausprägung dieses Bewusstseins im Charakter des Rechts ab, jedoch ganz verschwinden kann es nicht, ohne dass das Recht selbst greisenhafter Spielerei mit geistlosen Begriffen verfällt.

Das Volk, und mit ihm ein schaffendes Recht, beginnt erst mit dem Heraustreten aus dem Zustande, den man als das Patriarchenthum der Familie bezeichnen kann. Allerdings darf man auch schon den rein patriarchalischen Zustand nicht als einen der Rechtsidee völlig baaren erachten. Man sage immerhin, so lang der Patriarch, das Familienhaupt, alles bestimmt, und sein Wille allmächtig herrscht, gebe es kein Recht, sondern nur eine Macht, die Hausgenossen seien dem Hausherrn nicht kraft Rechtssatzes unterworfen, und er sei ihnen selbst nichts schuldig, ihnen durch keinen Rechtssatz gebunden, und

wenn er Streit unter ihnen entscheide, so spreche er nicht Recht, sondern theile nur nach Convenienz aus der Fülle seiner Macht dem einen etwas zu, was er dem andern aus gleichem Grunde versage; weil er alles Recht in sich verkörpere, so absorbiere er es zugleich. Wohl! aber es ist doch auch schon die Rechtsidee, welche die Ordnung im grossen Hauswesen des Patriarchen aufrecht hält, welche die Diener und Unfreien hindert, ihre Uebermacht, die sie ja mit Händen greifen können, in Aufruhr geltend zu machen. Indessen diese Rechtsidee ist noch gebunden, äussert sich nur in solchem passiven Verhalten, ist noch nicht thätig und productiv. Das wird sie erst im Stamme, von dem Augenblicke an, wo die Beziehungen der Stammesgenossen zu einander nicht mehr der Willkür eines Oberhauptes anheim gegeben sind, sondern nach einer festen Ordnung geregelt werden, welche um des Rechtes willen und zu seiner Realisierung aufgestellt ist, mag sie auch auf strengem Despotismus des Oberhauptes beruhen.

Während dieser ersten Zeit tritt ein Volk in gesunden Zuständen, in denen nicht despotische Willkür allen Sinn für das Recht erstickt hat, mit einer heiligen Scheu dem Rechte gegenüber und lässt es frei wachsen und gedeihen, d. h. sich im Gewissen der Volksgenossen offenbaren. Das Volk setzt sich Richter, aber es giebt sich keine Gesetzgebung, und der Richter erkennt es nicht sowohl für seine Aufgabe, Recht zu sprechen, als vielmehr in den Streitenden selbst das Bewusstsein des Rechtes zu wecken und sie durch ihr eigenes Gewissen zu rechtfertigen oder zu verdammen. Wie der Apostel Paulus, Römer 2, 15 sagt: „Die Heiden, die das Gesetz nicht haben, sind ihnen selbst ein Gesetz, damit dass sie beweisen, des Gesetzes Werk sei beschrieben in ihren Herzen, sintemal ihr Gewissen sie bezeuget, dazu auch die Gedanken, die sich unter einander verklagen oder entschuldigen.“ Ein Recht ist also vorhanden, aber es wird im Streitfalle durch Weckung des Gewissens gefunden, so dass der Unterliegende mit dem Gefühle, sich selber verurtheilt zu haben, von dannen geht. So verfährt der Kadi eines morgenländischen Nomadenstammes, dessen Rechtshandhabung sich oberflächlichem Blicke in dem Witze zu erschöpfen scheint, dass er eine Falle stellt, in welcher sich der Schuldige selbst fängt, und er sich so nur als den noch pfiffigeren erweist, der den Bösewicht überlistet; aber wenn man diesen Anekdoten tiefer auf den Grund geht, so gewinnt man den Eindruck, der Richter scheue sich, einen Entscheid als sein selbstgefundenes Verstandesproduct aufzustellen, er wolle vielmehr das Recht sich selbst aussprechen und verwirklichen lassen durch seine eigene Kraft und

seine unwiderstehliche Einwirkung auf die Parteien selbst, er öffne ihm blos den Weg, auf dass es sich selbst im Gewissen der Streitenden offenbare, — eine Art Gottesurtheil von höchster Reinheit, als dessen idealstes Beispiel uns das Urtheil Salomos überliefert ist. Was in solchen Fällen der Richter von sich aus zur Sache thut, ist das Auffinden der Mittel und Wege, auf denen sich das von ihm geahnte und divinatorisch erkannte Recht kund geben soll, und er unterwirft seine eigene Divination der Probe der Bestätigung durch das in den Parteien geweckte Rechtsbewusstsein. In diesem Sinne spreche ich hier von divinatorischem Verhalten gegenüber dem Rechte.

Die nächste Entwicklungsstufe ist die des Rechtsformalismus. Der menschliche Geist strebt nach bestimmter Erkenntnis der Rechtsideen, er sucht Formen, in denen sich das Recht ausdrückt und die sein Dasein bekunden, es soll nicht mehr durch Gewissensprüfung errathen, es soll durch eine äussere Erscheinung sichtbar gemacht werden. In dieser ersten Form, die es empfängt, ist es starr, schwer beweglich, aber eben solche knappe und unwandelbare Form ist ihm gegeben, auf dass es sich nicht drehe und wende und dass man es nicht nach Belieben deute, sondern dass es als ewige, göttliche Satzung erscheine. Denn das ist die Zeit, da das Recht als Bestandtheil der Religion auftritt, daher der Priesterstand mit der Form der Gottesverehrung auch die der Rechtsübung und der Rechtsprechung aufstellt. Wie auf jener ersten Stufe die Divination, so findet auch hier der Formalismus schon ein Recht vor, beider Aufgabe ist nur, es zur Erkenntnis zu bringen und sich bethätigen zu lassen, wie Pomponius in l 2 § 6 D de orig. jur. 2, 1 sagt: omnium tamen legum et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant. Dass auch bei dem deutschen Volke das Recht durch den Priesterstand seine erste Form erhielt, ist weniger aus Tacitus mit voller Bestimmtheit zu erweisen als aus vereinzelten Anzeichen zu schliessen.

Diese feste Form, in die das Recht gekleidet ist und die es vor willkürlicher Deutung schützt, dieser Formalismus umschliesst das Recht gleich einer schützenden Mauer zu einer Zeit, da die intellectuellen Kräfte des Volksgeistes noch nicht genugsam entwickelt sind, um den inneren Gehalt des Rechts selbständig zu erfassen. Das sinnlich Wahrnehmbare ist fasslich, das Abstracte bliebe unverstanden. Das Recht consolidiert sich in genau umschriebenen, auf sinnlich wahrnehmbare Erscheinungen basierten Voraussetzungen und wird dadurch vor willkürlicher Ausartung und Verwilderung geschützt. Denn in diesem Formalismus werden zuerst die festen Rechtsbegriffe ausgedrückt,

die erst allmählich in ihrem abstracten, von der Form gelösten Bestande erkannt und ausgebildet werden.

Diese letztere Thätigkeit charakterisiert die dritte Stufe der Rechtsentwicklung, die in der intellectuellen Beherrschung des abstracten Rechtsbestandes ihr Ziel erblickt, die Periode der eigentlichen Jurisprudenz, mag sie sich in der Praxis der Gerichte äussern oder zu wissenschaftlicher Arbeit aufsteigen. Auch sie aber findet ihre Grenze in der Erkenntnis des im Volke lebenden und im Volksgeiste sich stetig erneuernden Rechtes, sie kann aus sich selber kein Recht erzeugen, und jede Thätigkeit in Gesetzgebung und Wissenschaft, welche diese Schranke missachtet, ist keine wahre Rechtsbildung, sondern Abirrung vom Rechte, und bleibt entweder der wahren Rechtsidee gegenüber machtlos, wenn das Rechtsbewusstsein des Volkes noch stark genug ist, um letztere zu erhalten, oder sie zerstört die Wahrheit und Gesundheit des Rechtslebens, falls die Lebenskraft des wirklichen Rechtes im Volke nicht mehr im Stande ist, diese Krankheit zu überwinden.

Der Uebergang von einem dieser Stadien zu dem andern erfolgt nicht abrupt und unvermittelt: so sind die Gottesurtheile in der historisch überlieferten Gestalt, sowie selbst der Eid Institute, die ihrem tiefsten Sinn und Wesen nach der ersten Stufe angehören, aber der zweiten des Rechtsformalismus angepasst sind. Und wie viel Rechtsformalismus auch noch dem Stadium der intellectuellen Rechtsbildung eigen ist, bedarf keiner Erwähnung. Dennoch ist dieser Uebergang immer ein kritischer Moment, und man kann wohl sagen, dass das deutsche Recht an demjenigen vom Rechtsformalismus zum intellectuellen Erfassen des Rechtes gescheitert ist und dadurch die Reception des römischen Rechtes in so weitem Umfange einzig möglich geworden ist. Denn bis tief in das Mittelalter hinein beherrscht ein starker Formalismus das deutsche Recht, aber die Fähigkeit, den juristischen Gehalt abstract zu construieren, war noch nicht entwickelt, als die Form nicht mehr genügte; so kam es, dass die Form entweder ganz weggeworfen wurde, bevor ein genügender Ersatz dafür vorhanden war, oder dass sie zur Caricatur herabgewürdigt wurde[1].

---

[1] Solche Caricaturen im Ssp Lehnr. 68 § 7 (bezüglich des Auftretens vor Gericht), NR. UB. I Nr 412 (bezüglich Gebrauchs der festuca), Wasserschleben I 319 c. 171 und 406 c. 52 (Ungiltigkeit eines sitzend abgeschlossenen Kaufs), das. 395 (bezüglich der Eidesformel), Freiberger Statuten bei Schott III 231 (bezüglich der Bewegungen beim Handeln vor Gericht) u. s. f. Man erinnere sich, dass nach Weinhold, Altnord. Leben S 402, in Island „der Rechtsgang zu einem Spiele des Witzes geworden war, der sich an dem ungesundesten Prozessformalismus übte“.

Beides führte zu einer Unsicherheit des Rechtsbestandes, welche das römische Recht als den Retter erscheinen liess.

§ 12. 2. Begriff und Umfang des Rechtsformalismus.

Dem Vorstehenden gemäss begreife ich unter dem Ausdrucke Rechtsformalismus denjenigen Zustand der Rechtsbildung, wo das sinnlich Wahrnehmbare einzig oder doch vorwiegend als rechtserzeugendes Element anerkannt ist und innerliche Vorgänge geistiger Art, Stimmungen, Willensmomente, Absichten u. s. f. in ihrer Verwerthung für das Recht ausgeschlossen oder zurückgedrängt sind. In diesem weiten Sinne wird der Ausdruck gewöhnlich nicht genommen; man versteht vielmehr meist unter Rechtsformalismus nur das Princip, wonach für Handlungen und Geschäfte, damit sie als Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte gelten können, eine Rechtsform vorgeschrieben ist, d. h. eine bestimmte Gestalt des Sprechens oder des Handelns, welche der Rede oder dem Thun des gewöhnlichen Lebens fremd ist. Dieser äusserliche Formalismus ist nur die eine Hälfte dessen, was ich hier zusammenfasse, die andere Hälfte ist der, man möchte sagen, innerliche Formalismus, der darin besteht, dass die materielle Wirkung, der innere Werth von Vorgängen des Rechtslebens nach einer vom Rechte gesetzten Schablone bemessen wird. So sprechen wir von formeller und materieller Beweistheorie und zählen zu jener den Satz, dass zu vollem Beweise ein Einzelzeuge nicht genügt, sondern zwei classische Zeugen nothwendig sind. Worin liegt hier der Formalismus? Der Satz hat mit der Form im engern Sinne nichts zu thun, das Formale besteht darin, dass auf Grund vielhundertjähriger Erfahrung über die Unzuverlässigkeit der Zeugen die Durchschnittsregel gezogen ist, welche dem Richter eine freie, aber leicht willkürlich werdende Würdigung der Zeugenaussagen entzieht und ein festes Recht schafft, das sich nicht auf die oft trügerische Werthung der Glaubwürdigkeit, des Charakters u. s. f. eines Menschen verlässt, sondern in der Aeusserlichkeit der Zahl die Gewähr findet[1]. So dürfen wir von Formalismus des Rechts überhaupt sprechen, um damit diejenige Anlage des Rechts zu bezeichnen, welche die Berücksichtigung innerlicher Eigenschaften, Beweggründe, Willensvorgänge u. dgl. ausschliesst und die Rechtsordnung auf äusserliche Erscheinungen

---

[1] Vgl. Wetzell, System des Civilprozesses, 3. Aufl. S 188. 190 f.: „Formelle Wahrheit, wenn die richterliche Ueberzeugung an gewisse gesetzlich festgestellte Voraussetzungen gebunden ist; materielle Wahrheit, wirkliche, keine blos formelle, wenn der Richter ganz auf die Natur der Sache verwiesen ist."

gründet[2]. Eine Hauptseite dieses Formalismus ist das Zurückdrängen alles Individuellen hinter das Allgemeine, die Aufstellung eines eisernen Schienengeleises, in welchem sich alles, was im Recht Berücksichtigung finden will, bewegen muss, und über welches hinaus oder neben welchem kein Pfad führt; die Individualität des Einzelfalles muss der Durchschnittsregel weichen, die materielle Würdigung der Verumständungen des Einzelfalles zumal hinsichtlich persönlicher Eigenschaften, innerer Willensvorgänge u. s. f. ist ausgeschlossen und das Hauptgewicht auf das sinnlich Wahrnehmbare, die äussere Erscheinungsform gelegt, also auf eine formale Grundlage. Ein Vertrag bindet den Zwanzigjährigen nicht, weil er minderjährig ist; ob er nicht trotzdem ein ganz geriebener Geschäftsmann sei, fällt nicht in Betracht. Das ist formales Recht.

Es lässt sich kein Recht denken, das solchen Formalismus ganz abgestreift hätte: alle Zeitbestimmungen sind formales Recht und bilden ein unentbehrliches Stück jeder Rechtsordnung. Mit sehr ausgesprochenem, innerlichem und äusserlichem Formalismus tritt aber das deutsche Recht auf, und derselbe hat noch in der classischen Zeit des Mittelalters die Oberhand, obschon er da bereits in die Defensive gegen freiere Anschauungen gedrängt ist. Das ist nichts dem deutschen Rechte Eigenthümliches, kein jugendliches Recht wird dieses Charakters entbehren, nicht sowohl darum, weil die juristische Technik noch zu wenig entwickelt ist, als weil man die mit der Individualisierung der Fälle nothwendig verbundene Gefahr der Willkürlichkeit und der daraus entspringenden Auflösung alles festen Rechtsbestandes scheut. Denn hier passt Jherings Wort: „die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingsschwester der Freiheit", zwar nicht sowohl nach der von Jhering selbst geltend gemachten Richtung, dass die Form dem Versucher, der die Freiheit zur Zügellosigkeit zu verleiten sucht, das Gegengewicht hält, als vielmehr nach der, dass sie den unwandelbaren und von Jedem controlierbaren Maassstab aufstellt, nach welchem das Recht in Grad und Stärke genau abgemessen wird, so dass namentlich auch dem richterlichen Ermessen kein Spielraum mehr bleibt. Wenn man moderne Gesetzgebungen näher darauf ansieht, wie unendlich oft die Bestimmung, dass nach

[2] In diesem Sinne spricht Jhering, Geist des RR I § 4 von der formalen Realisierbarkeit des Rechtes, und II § 29 von der gesetzlichen Formulierung des Rechts als einem die formale Realisierbarkeit des Rechts betreffenden innern Zuschnitt der Rechtssätze, der sie einer rein mechanischen, schablonenartigen Anwendung fähig macht, es dem Richter ebensowohl erspart als verwehrt, sich in das rein Individuelle des ihm vorgelegten Falles zu versenken.

freiem richterlichen Ermessen solle entschieden werden, durch ganze Abschnitte hindurch stehend geworden ist, so kann man sich des Eindrucks kaum erwehren, dass man nicht mehr unter der Herrschaft eines festen Rechtes, sondern unter der richterlichen Willkür stehe, und möchte man sich beinahe nach einem recht formalen Rechte sehnen. Kein Zweifel, unsere Vorfahren hätten ein solches Recht nicht ertragen, das sie dem Willen des Richters anheim gegeben hätte. Sie wollten selbst vor aller Anrufung des Gerichts genau abmessen und ausrechnen können, was ihrer wartete, wenn sie es auf einen Rechtsstreit ankommen liessen, sie wollten alle Factoren kennen, aus denen sich der richterliche Wahrspruch erzeugen musste, damit der Prozess nicht wie heutzutage eine Lotterie sei, in der man seine Sache ebenso gut „verspielen" als gewinnen kann.

Diesem Bedürfnisse entspricht zunächst eine schon dem flüchtigsten Blicke in die Volksrechte besonders auffallende, von unseren modernen Gesetzgebungen ebenso absichtlich vermiedene Eigenschaft: die ausserordentlich minutiose und detaillierte Feststellung der Vergehen und der für jedes zu entrichtenden Bussen. Mit verhältnismässig wenigen Paragraphen ist in unseren heutigen Strafgesetzbüchern die Körperverletzung, noch kürzer ist die Sachbeschädigung, alles nach ein paar grossen Rubriken, abgethan, und der Richter kann Strafe von einem Tag Gefängnis oder zehn und noch mehr Jahren Zuchthaus verhängen nach freiem Ermessen. Man vergleiche damit die langen Kataloge der Vergehen und Bussen in den Volksrechten. Der Germane, dem ein Knochensplitter aus dem Schädel war geschlagen worden, wollte, bevor er sich zur Klage entschloss, sicher wissen, was dabei für ihn herauskomme, und das Volksrecht[3] sagte ihm ganz genau, was er erhalte, wenn der Splitter zwölf Fuss weit über den Weg auf einen Schild geworfen einen Klang hervorbringe. Da gab es kein richterliches Abwägen und Ermessen mehr[4]. Auch die Grade der Verschuldung sind ungleich einfacher und äusserlicher als die römischen und die heutigen mit ihren Abstufungen der culpa. Das wird uns später noch beschäftigen.

Was im Gebiete des Strafrechtes auf diesem Wege, hauptsächlich durch reiches Detail der Delicte und möglichst äusserliche Merkmale der Verschuldung, zur Ausschliessung des richterlichen Ermessens, also der Willkür, geschehen kann, das muss auf dem Boden des

[3] Ed. Roth. 47; Pactus Alam. I 3; lex Rib. 68, 1; lex Fris. 22, 71. 74; add. sap. 3, 24.

[4] Ausnahmsweise solches zumal im langobardischen Rechte, z. B. Roth. 137.

Prozessrechtes ein womöglich von den Parteien selbst in Bewegung gesetzter und in Bewegung erhaltener Formalismus der Prozesshandlungen ersetzen. Der altdeutsche Prozess ist auch nach jeder Richtung in einer uns ganz fremd gewordenen Weise durch die Thätigkeit der Parteien beherrscht. Wer sein Recht auf den Wahrspruch der Genossen stellt, will genau wissen, auf welchem Wege er zu diesem Wahrspruche gelangen kann, welchen Antheil er hat an der Herstellung der Grundlagen dieser Entscheidung. So gut wie er, wenn er zur Fehde greift, alle Mittel, mit denen er den Kampf führen kann und will, vorher erwogen und gewählt hat und dann in seiner Hand behält, so gut will er den Krieg Rechtens selber ausfechten, freilich, wie es der Krieg Rechtens bedingt, nicht mit selbstgewählten Mitteln, sondern mit den vom Rechte ihm dazu gebotenen, aber er will diese Mittel ganz genau kennen und niemand soll sie ihm verweigern oder dem Gegner andere gewähren können. Er will den Rechtsstreit selber ausfechten; sollte man nicht eher sagen: er muss? Ist diese „Selbmündigkeit im Prozesse“ [5] nicht viel eher eine schwere Pflicht und Last als ein Recht? Es ist ja keine Frage, dass hier das eine das andere bedingt, und dass Recht und Pflicht zusammengehen, immerhin aber muss eins von beiden der Ausgangspunkt, das Principale, das Bedingende, das andere die Folge, das Secundäre, das Bedingte sein. Wir Moderne würden ohne Zweifel die Last in erste Linie stellen, und das Recht als eine schwache Versüssung derselben betrachten, auf die wir gern verzichten würden, wenn nur die Last uns abgenommen wäre. Aber wohl anders dachte der Germane: ihm war das Recht die Hauptsache. Wer nihil neque publicae neque privatae rei nisi armatus agit, wer täglich und stündlich bereit ist das Schwert zu ziehen und an die Rache für Beleidigungen sein Leben zu setzen, der lebt in solcher Spannung des Geistes, dass er auch den Kampf vor Gericht mit höchster Anstrengung seiner geistigen Kräfte führt, dem ist ein Prozess nicht ein Ding, das man seinem Anwalte überlässt, sondern eine Sache, deren Ausgang mit dem Rechte auch die Ehre und die Achtung der Genossen sichert, mit dem Unrecht auch die Schande und die Missachtung herbeiführt, daher er die zu deren Durchfechtung tauglichen Waffen so gut zu führen verstehen will als die des Schwertganges.

Der Formalismus des deutschen Prozesses legt daher das volle Gewicht auf die Parteihandlungen und bannt dieselben zugleich in bestimmte Formeln. Die Ladung erfolgt von Partei an Partei; die

---

[5] Sohm, Fränk. Reichs- und Gerichtsverfassung S 143 f.

einzelnen Akte der Verhandlung werden in formaler Weise durch das Tanganieren der Parteien provociert, selbst das Urtheil; dieses letztere ist formell in erster Linie ein Wahrspruch über den Beweisvorzug, und den Beweis erbringt der Eid, das denkbar formalste Beweismittel, eventuell das Gottesurtheil. Da begreift man, wie feindselig der deutsche Mann den Neuerungen entgegenstand, welche der königsgerichtliche Prozess einführte und auch in den Volksgerichten einzubürgern suchte, wie er den Inquisitionsbeweis nicht dulden wollte und lieber aus dem Gerichte sich entfernte und trotzig die Folgen der Contumaz über sich ergehen liess[6], als dass er freiwillig sich diesem Verfahren, das dem richterlichen Ermessen in Würdigung des Beweises freien Spielraum liess, unterworfen hätte. Man begreift ferner, wie der Deutsche dem Urkundenbeweise widerstrebte, weil er, der weder lesen noch schreiben konnte, sich hier einem unberechenbaren Elemente gegenübergestellt sah.

Näher haben wir uns nun mit dem Formalismus des Privatrechtes zu befassen. Dabei trenne ich die beiden Seiten, die ich oben als innerlichen und äusserlichen Formalismus unterschieden habe, und die man, da diese Ausdrücke nicht gerade als technische sich eignen möchten, als Rechtsschablone und Rechtsplastik bezeichnen dürfte. Es kann aber nach beiden Richtungen hier keine auch nur annähernd vollständige, geschweige denn eine erschöpfende Behandlung des Gegenstandes erzielt werden, ich beschränke mich auf Hervorhebung einiger Gesichtspunkte, die mir bei Betrachtung des deutschen Rechtes besonders auffällig geworden sind.

3. Die Rechtsschablone.

§ 13. a. Zeitbestimmungen.

Alle gesetzlichen Zeitbestimmungen sind ein ebenso tief eingreifendes als unentbehrliches Stück Rechtsformalismus. Dass man an seinem einundzwanzigsten Geburtstage mit dem Schlage der Mitternachtsstunde aus einem handlungsunfähigen Menschen zu einem handlungsfähigen wird und also ein Rechtsgeschäft, das man in jener Nacht abgeschlossen hat, giltig oder ungiltig ist, je nachdem es eine Minute vor oder nach Mitternacht ist unterzeichnet worden; dass ein Anspruch bis zu einem bestimmten Tage mit vollem Erfolge kann geltend gemacht werden, am folgenden Tage aber der Klage entbehrt, das ist formales Recht. Diesen Rechtsformalismus der Schablone kann

---

[6] Beispiele bei Brunner, Zeugen- und Inquisitionsbeweis S 106. 159.

keine Rechtsordnung, auch nicht die in Abstraction von allem äusserlichen Wesen am weitesten gehende, missen. Alterstermine für Mehrjährigkeit, Verjährungsfristen u. s. f. werden aus keinem Rechte je verschwinden. Wohl geschieht es vielfach, dass das Recht die Möglichkeit eröffnet, die Starrheit und Rücksichtslosigkeit einer Zeitbestimmung im Einzelfalle zu brechen, wo die Individualität der Verhältnisse es wünschenswerth erscheinen lässt. So giebt etwa das Recht selbst zu, dass, wenn ein junger Mensch nach Charakter und Geistesfähigkeiten die Gewähr für tüchtige Führung seiner Vermögensangelegenheiten bietet, er vor dem gesetzlichen Alterstermin schon die Mehrjährigkeitsrechte erhalten kann. Aber merkwürdig! so stark bleibt doch immer die Neigung zu einem formalen Rechte, dass man leicht sofort eine neue Schablone schafft, indem man die alte beschränkt, und z. B. die Bewilligung der venia aetatis selbst wieder von einem neuen Alterstermin abhängig macht. So schwer trennt sich das Recht vom Formalismus der Schablone.

Das deutsche Recht ist mit Zeitbestimmungen reich versehen, nach den beiden Seiten der Alterstermine und der Fristen für Erwerb oder Verlust von Rechten. Wir betrachten hier einiges für unsern Zweck besonders Bemerkenswerthe.

Alterstermine. Es wird vielfach angenommen, dass das älteste deutsche Recht eines festen Mehrjährigkeitstermines entbehrte und die Erlangung der Mehrjährigkeit von der Wehrhaftmachung auf Vorschlag des Vaters oder der Verwandten unter Controle der Volksgemeinde abhängig machte. Allerdings scheint dies in Tacitus und Cassiodor eine Stütze zu finden[1]. Aber auffallend genug bliebe doch die Erscheinung, dass man in einem sonst so streng formalen Rechte, wie das germanische war, auf diesem hauptsächlichen Punkte der Willkür des Individualisierens freien Lauf gelassen hätte[2]. Denn man sage nicht, die durchaus einfachen Zustände der Urzeit und die Kleinheit jener Gemeinwesen, in denen jeder den andern kannte, hätten kein Hindernis geboten. Das ist eine moderne Reflexion, die in alter Zeit gegenüber der Formalistik des Rechts nicht aufgekommen wäre. Man darf aber wohl die gesetzliche Existenz eines bestimmten Alterstermines schon für die germanische Zeit annehmen, ohne dass man deshalb jenen Ausdrücken der Alten einen richtigen Gedanken abzusprechen braucht:

---

[1] Tacitus Germ. 13: Arma sumere non ante cuiquam moris, quam civitas suffecturum probaverit. Cassiodor Var. I 38: Aetatem legitimam virtus facit, et qui valet hostem confodere, ab omni jam se debet tuitione vindicare.

[2] Wackernagel, Die Lebensalter S 56: „in dergleichen Dingen hat kein Volk des Alterthums Ungewissheit und Willkür zugelassen."

das Alter der jungen Leute war durch keine Civilstandsbücher amtlich zu constatieren, im besten Falle wussten es der Vater und die Verwandten, in unzähligen Fällen wusste es niemand genau, immer war man im Grunde darauf angewiesen, zu prüfen, ob die physische Entwicklung des jungen Mannes den Beweis leiste, dass das gesetzliche Alter erreicht sei. Darauf aber ging jene Prüfung aus, von der Tacitus spricht: nicht, ob der Jüngling solle mehrjährig erklärt werden ohne Rücksicht auf Alter, sondern ob er als zu seinen Jahren gekommen, d. h. in das gesetzliche Alter gelangt anzusehen sei.

Festgezogene Altersgrenzen liegen schon in den ältesten Rechtsquellen, den Volksrechten, vor, und man hält streng daran fest und gestattet keine Abweichungen nach den Bedürfnissen des individuellen Falles, daher die venia aetatis dem deutschen Rechte fremd geblieben ist. Allerdings war solche weniger nothwendig, weil die Altersgrenze der Mehrjährigkeit merkwürdig niedrig angesetzt war. Das ist doch immer noch eine räthselhafte Erscheinung des deutschen Rechtslebens. Schon mit zwölf, bezw. fünfzehn Jahren ist die Mündigkeit erreicht. Mag man immerhin annehmen, dass die feierliche Wehrhaftmachung, die erst volles Mannesrecht gab, nicht vor dem zwanzigsten Jahre erfolgte, wenn der Knabe auch schon früher aus freiwilliger Lust mit ins Feld gezogen war[3], mag auch zugegeben werden, dass die an die zwölf Jahre geknüpfte Heiratsfähigkeit immer noch in der für den Eheschluss nothwendigen Zustimmung des Vaters oder des Vormundes ihre Schranke fand, so bleibt doch der Sprung von der sera juvenum venus bei Tacitus Germ. 20 und dem zwanzigsten Jahre der Ehemündigkeit bei Caesar B. G. VI 21 zu der legitima aetas duodecim annorum (Ed. Roth. 155), welche nicht nur ehemündig macht, sondern auch durchaus handlungs- und vertragsfähig, auffällig genug, zumal bei Stämmen wie den Sachsen, den Saliern, die nicht unter der Sonne des italienischen Himmels heranreiften. Aber wir dürfen vielleicht auch hier wieder zur Erklärung das heranziehen: mit diesem Termine von zwölf oder fünfzehn Jahren ist der denkbar früheste Moment der Geschlechtsreife in formaler Weise ausgedrückt, und man brauchte um so weniger hierin ängstlich zu sein, als bis tief in das Mittelalter hinein die wenigsten Leute ihr Geburtsjahr oder gar ihren Geburtstag genau kannten; man achte nur darauf, wie unsicher sich die Leute in Kundschaftsprotokollen u. dgl. immer aussprechen, wenn sie über das Alter einer Person oder eines Ereignisses Auskunft geben sollen; jene in grosser Zahl uns aufbewahrten Kundschaftsaufnahmen alter

---

[3] Wackernagel a. a. O. S 57. 59.

Leute über streitig gewordene Rechtsverhältnisse und ähnliches müssen sich regelmässig damit begnügen, das Alter der als Zeugen abgehörten Männer blos annähernd anzugeben, weil diese selber es nicht genau wussten: er sei mehr als sechzig, er sei bei siebenzig Jahren u. s. w.; und die Auskunft, welche die Zeugen über ein Ereignis geben, lautet nicht auf ein bestimmtes Jahr, das sie nicht kennen, sondern wird nach einem andern allgemein bekannten Ereignis bestimmt: es sei geschehen zur Zeit des grossen Sterbens, jemand sei gestorben da die Engelländer im Land waren u. dgl. So mag es in der Mehrzahl der Fälle auch bei Bestimmung der Mündigkeit nicht auf stricte Ausrechnung der zwölf Jahre angekommen sein, sondern auf ungefähre Annahme des mündigen Alters nach Maassgabe der Geschlechtsreife, wobei aber, das war die Meinung jener Gesetzesbestimmungen, unter keinen Umständen hinter das zwölfte Jahr sollte zurückgegangen werden; dabei hielt man sich von einer subjectiven Prüfung der geistigen Kräfte und Fähigkeiten durchaus fern und legte blos auf die körperliche Reife Gewicht, die durch das Sprossen des Bartes sich kund giebt. So sagt der Ssp I 42 § 1: Svelkes mannes alder man nicht ne weit, hevet he har in dem barde unde nidene unde under jewederme arme, so sal man weten dat he to sinen dagen (al. eher richtig: jaren) komen is. Und der Schwsp 27: damit ist behabet daz er vierzehen jar alt ist oder elter[4].

F r i s t e n. Fristbestimmungen für Geltendmachung von Ansprüchen und Rechten aller Art sind im deutschen Rechte sehr häufig, von den drei Tagen der Wandelungsklage[5], des Anevangs gestohlener Sachen[6], der sessio triduana bei Grundeigenthumserwerb, bis zu der römischen, im langobardischen Edicte und der fränkischen Reichsgesetzgebung[7] aufgenommenen dreissigjährigen Frist für Klagerhebung auf Grundstücke und der daran angeschlossenen Frist von einunddreissig Jahren und einem Tage für Verjährung des Erbrechts an Grundstücken[8]. Besonders wichtig ist aber die Jahresfrist.

Das Jahr ist das von der Natur gegebene Zeitmaass; das Aufwachen des Lebens in der Natur, das Reifen der Früchte, das Erstarren von Feld und Wald erneuert sich von Jahr zu Jahr nach un-

---

[4] So bestimmt auch ein Weisthum des Schwarzwaldes (Grimm I 366) den Moment, da man Hagestolz wird, damit, dass der Bart gewachsen sei, oder vielmehr die Bärte: swenne der sich gürtet zwüschent zwene berte.

[5] lex Bai. XV 9. [6] lex Sal. 37.

[7] Ed. Grim. 4. Cap. v. J. 596 c. 3. Cap. 584—682 c. 13, bei Boretius I 15. 19.

[8] Ssp I 29. Richtst. Ldr. 23 § 7, 27 § 2.

wandelbarem Gesetze. Fast selbstverständlich ist bei einem Naturvolke die Uebertragung dieser jährlichen Erneuerung und Hinfälligkeit des Naturlebens auf die Erwerbung und den Untergang von Rechten. Wer ein Jahr lang ein Recht geübt oder versäumt hat, dem ist es gesichert oder verloren. Am deutlichsten zeigt sich dieser Zusammenhang noch in dem Satze des französischen Rechtes, dass die Klage wegen dessaisine (Besitzentsetzung) nicht mehr kann angestellt werden, wenn seit der Dejection eine volle einjährige Wirthschaftsperiode abgelaufen ist, sowie in den Spuren englischer und deutscher Rechte, welche wegen der Dreifelderwirthschaft eine dreijährige Bewirthschaftungsperiode zu Grunde legen[9]. Es begreift sich, dass hier, für die Feststellung des Besitzes an Grundstücken, diese Rücksicht maassgebend war. Aber auch sonst treffen wir die Jahresfrist in den mannigfaltigsten Anwendungen, so nur im langobardischen Edicte: für die Höhe der Busse ist maassgebend, ob die aus der Verwundung erfolgte Krankheit ein Jahr gedauert hat, bezw. in dieser Zeit der Tod eingetreten ist; der die Ableistung des wadierten Eides über ein Jahr Verzögernde wird seiner Sache verlustig; eine Freie, die einen Unfreien geheiratet hat, kann in die Gewalt des Königs gezogen werden, wenn ihre Verwandten nicht binnen Jahresfrist ihr Strafrecht geübt haben; eine Witwe darf von ihrem Muntwalt nicht binnen Jahresfrist seit des Ehemanns Tode in ein Kloster gesteckt werden[10]. Im deutschen Mittelalter ist die Jahresfrist vorherrschend, heimgefallene Fahnlehen sollen in Jahresfrist wieder verliehen werden[11], ein zum Ritter gewordener soll in Jahresfrist sein Zinsgut verkaufen[12], Testamente sind binnen eines Jahres zu hinterlegen[13]; die Gütergemeinschaft von Eheleuten tritt erst nach Ablauf eines Jahres seit Abschluss der Ehe ein, besonders bemerkenswerth, weil hier die Jahresfrist nur die formale Abstraction aus dem natürlichen, concreten Erfordernis der Geburt eines Kindes ist.

Vor allem aber ist hier hervorzuheben die formelhafte Bezeichnung von Jahr und Tag für Jahresfrist schlechthin. Der Ausdruck Jahr und Tag weist darauf, dass eine Gerichtsfrist gemeint ist, eine Frist für gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs oder eines Widerspruchs; denn er bedeutet ein Jahr, sechs Wochen und

---

[9] Vgl. Stobbe, Gewere, in Ersch und Gruber, Encyclopädie I B 65 S 470. Heusler, Gewere S 375 ff.

[10] Ed. Roth. 74. 112. 127. 221. 361. Liutpr. 24. 100.

[11] Ssp III 53 § 3.

[12] NR. UB. II Nr 234.

[13] Ennen und Eckertz, Quellen von Köln I 207 f.

drei Tage[14], d. h. es wird zu dem Jahre noch die Echtedingsfrist, die zwischen zwei echten Dingen liegende Zeit hinzugezählt[15]. Je von sechs zu sechs Wochen wurde echtes Ding gehalten[16], und zu diesen sechs Wochen kommt noch die gesetzliche dreitägige Dauer des echten Dinges selbst. Wie man überhaupt zu diesem Zusatz von sechs Wochen und drei Tagen kam, erklärt sich nun auch wohl einfach so: es handelt sich um eine Frist für Rechtsakte, die vor echtem Dinge vorzunehmen waren; von der Abhaltung eines solchen war die Möglichkeit der Vornahme der Handlung abhängig. Sollte die Jahresfrist vollständig gewährt sein, so musste der durch sie Gebundene noch am letzten Tage derselben Gelegenheit haben, sein Recht geltend zu machen, es musste also gerade auf diesen letzten Tag ein echtes Ding gehalten werden. War das nicht der Fall, war fünf Wochen vorher das letzte echte Ding abgehalten worden, und fand das nächste also erst eine Woche nach abgelaufener Jahresfrist statt, so hatte der betreffende, wenn das Jahr buchstäblich genommen wurde, in Wirklichkeit nur ein Jahr weniger fünf Wochen zur Verfügung für Erhebung seines Anspruchs; die Frist musste also noch bis zu dem nächsten echten Dinge gelten. Z. B. derjenige, dem ein Unfreier davon gelaufen war, hatte von dem Tage an, da derselbe sich in einer Stadt niedergelassen, ein Jahr Frist zur Erhebung der Vindicationsklage; diese Klage konnte er aber nicht an jedem beliebigen Tage anstellen, sondern nur wenn echtes Ding gehalten wurde; fiel ein solches nicht auf den letzten Tag der Frist, so musste ihm, falls ihm solche nicht verkürzt sein sollte, der Termin bis zu dem nächsten echten Dinge erstreckt sein[17]. Daraus ergiebt sich nun auch andererseits, dass der Termin von Jahr und Tag nicht ein absoluter Termin von 410 (365 + 45) Tagen ist, sondern nur das Maximum ausdrückt, dessen einer im besten Falle geniessen kann. In der Regel lief die Frist schon vor 410 Tagen ab, nämlich mit dem ersten nach Verfluss des

---

[14] Besonders Bremen, Stat. von 1303 Art. 20 (Oelrichs S 76): binnen jare unde binnen daghe thad is en iar unde ses weken unde dre daghe. Vgl. sonst Stobbe, Handb. 2. Aufl. I 570 f.

[15] Irrthümlich Stobbe, Handb. I 570: noch die Zeit von drei gebotenen Dingen.

[16] Ssp I 59 § 1, I 67 § 1. Sohm, Fränk. Reichs- und Gerichtsverf. S 433 Anm 128.

[17] Ein Beleg für diese Erklärung in den Stat. Bremensia von 1303 Art. 126 (Oelrichs S 140): Drige in me jare scal wesen echte dinc ..... so wese wicbelede obbeden wel, dhat men eme weldeghen scal, dhe scal it upbeden tho ver echte dinghen. Also tho welken echten dinghen het erst upbut, tho dheme sulven scal het lest upbeden.

Jahres abgehaltenen echten Dinge. Jahr und Tag Frist haben ist also nur eine formale Ausdrucksweise für: Frist haben bis zum nächsten nach Ablauf eines Jahres abgehaltenen echten Dinge. Daher finden wir ursprünglich die Frist von Jahr und Tag auch nur für gerichtliche Handlungen gesetzt. Erst in späteren Quellen wird der ganz formelhaft gewordene Ausdruck Jahr und Tag schlechtweg für Jahr gebraucht auch in Anwendungen, wo jede gerichtliche Beziehung fehlt, so z. B. wenn der Beginn der Gütergemeinschaft von der Dauer der Ehe während Jahr und Tag abhängig gemacht ist.

So streng es im alten Rechte mit diesen Fristen auch ist genommen worden, so hat man es doch nicht entbehren können, von der stricten Einhaltung derselben unter Umständen zu entbinden und die Rechtsnachtheile, die an die Versäumung der Frist geknüpft waren, nicht eintreten zu lassen, vielmehr dem Betreffenden die Geltendmachung seines Rechtes noch zu gestatten, wenn die Individualität des Falles die Nichteinhaltung der Frist entschuldigte. Hierbei treffen wir auch wieder auf jene oben berührte Erscheinung, dass man sich doch vom Rechtsformalismus nicht vollständig lossagte, dem Richter nicht freies Ermessen der individuellen Umstände und Entschuldigungsgründe gab, sondern dieselben selbst wieder unter die Rechtsschablone stellte. Es wurden auch wieder blos bestimmte Fälle anerkannt, welche entschuldigen sollten, und diese als die Fälle der echten Noth, des legitimum impedimentum bezeichnet. Der Sachsenspiegel II 7 zählt sie auf: vier sake sint, die echte not hetet: vengnisse, unde süke, godes dinst buten lande unde des rikes dienst[18]. Die Stelle lautet so absolut, dass diese vier Fälle schlechtweg als die einzigen zu betrachten sind, welche Berücksichtigung gefunden haben. Ihre Wirkung ist, dass der davon Betroffene „dach gewint bit an dat neste ding, als he von der echten not ledich wirt". Später sind die Fälle mehr und mehr ausgedehnt worden, wie denn schon die Glosse zu Ssp II 7 ausführt, dass man unter jene vier Fälle auch andere redelike saken bringen könne, z. B. Wassersnoth, Verlust des Reisepferdes u. a.

---

[18] Ssp I 28 nennt nur drei Fälle, die Krankheit nicht, die lex Sal. tit. 1, 4 nennt nur des Reiches Dienst (dominica ambasia) als sunnis für Vorladung. Sehr absolut auch bair. Landr. 7 (Freyberg S 397): Gefängnis, Siechthum, so dass man nicht ausgehen kann, landesherrlicher Botendienst, wilde Wasser, Abwesenheit ausser Lands, und zwar ausserhalb der vier (genannten) Wälder.

§ 14. b. Der Werth von Wort und That gegenüber dem Willen.

Ein streng formales Recht kennt keinen Gegensatz zwischen Willen und Wort und keine Möglichkeit eines Widerspruchs zwischen beiden. Denn der Wille kann nur aus dem Worte, das ihm Ausdruck gegeben hat, erkannt werden, und so ist auch nur das Wort maassgebend für den Rechtsinhalt des Gewollten und wird das Recht nur nach dem Worte bemessen: man wird nicht strenger behaftet als das Wort reicht, aber man wird auch unnachsichtig beim Worte genommen.

Das ist völlig auch germanistischer Rechtsgedanke: dem Deutschen ist das Wort das plastische Recht: nicht mehr, aber auch nicht weniger als was gesprochen worden, löst und bindet. Daher die minutiose Genauigkeit, mit welcher Schuldverpflichtungen umschrieben werden, zumal in Betreff des Uebergangs derselben auf die Erben nicht nur des Schuldners, sondern auch des Gläubigers; wie peinlich ermüdend klingt es uns, wenn wir etwa im Cod. Cav. II Nr 213 S 4 (v. J. 961) lesen: quod si Johannes vel eius filiis et eredes omnia mihi vel ad meis eredibus noluerit adimplere, tunc hobligavit se et suis filiis et eredes ad componendum mihi vel ad meis eredibus etc. Aber der Gläubiger fand es nothwendig oder doch jedenfalls rathsam, durch ausdrückliche Beredung seinen Erben das Recht der Geltendmachung des Anspruchs vor der Einwendung zu sichern, dass ihnen nichts versprochen worden sei. Selbst das langobardische Edict (Ahistulph 16) erwähnt als besonderes Requisit einer auch für und gegen die successores wirksamen convenientia, dass die Contrahenten heredes vel successoribus suis conligaverint. Wie so das Recht nichts ergänzt, was nicht gesprochen ist, so zieht es andererseits nichts von dem ab, was gesprochen worden: das Wort gilt unausweichlich, und es ist einem formalen Rechte undenkbar, dass eine bestimmt abgegebene Willenserklärung und das darauf gegründete Rechtsgeschäft dennoch nicht gewollt sein könne, anfechtbar sei wegen eines Widerstreits zwischen wirklichem Willen einer Partei und ihrem Worte. Denn der Wille steckt im Worte, und die Gegenpartei baut auf das Wort. Darauf beziehen sich die Rechtssprichwörter: ein Mann ein Wort; das Wort muss stehen; Worte machen den Handel u. s. f.[1].

Eine nothwendige Folge davon ist, dass dem Irrthum in Vertragsverhältnissen kaum eine Berücksichtigung zu Theil wird. „Wer die

---

[1] Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter S 227 f.

Augen nicht aufthut, thue den Beutel auf. Wer närrisch kauft, muss weislich bezahlen. Wer unrechte Waare kauft, mag unrechte Waare behalten[2]." Nicht der Irrthum, sondern blos das betrügerische Irreführen der Gegenpartei zumal bei Kauf befreit vom Vertrage. Die Quellen heben das besonders hervor bezüglich der Wandelungsklage wegen Mängel der gekauften Sache. Sichtbare Mängel befreien den Käufer unter keinen Umständen, verborgene nur, wenn der Verkäufer seine Unkenntnis davon nicht beschwören kann[3]. Im Verlaufe wird diese Behaftung des Käufers selbst bei verborgenen Mängeln als zu streng empfunden, zumal bei dem Handel mit Pferden und Vieh, aber man sucht auch hier die Abhilfe nicht in sofortiger vollständig freier Individualisierung der Fälle, sondern bleibt im formalistischen Gedanken stehen und bezeichnet von Gesetzes wegen bestimmte Mängel, welche als Hauptmängel ausgezeichnet sind und den Käufer ohne weiteres von der Haltung des Kaufvertrags entbinden[4]. Noch unser heutiges Recht über Nachwährschaft für Viehhauptmängel steht unter dieser Rechtsschablone in doppelter und dreifacher Hinsicht, 1. darin, dass blos gewisse gesetzlich bestimmte Mängel zur Rückbietung berechtigen, und zwar unter der Präsumtion des Vorhandenseins des Fehlers schon zur Zeit des Kaufes, 2. dass dann vielfach wegen anderer Mängel überhaupt kein Heimschlag mehr gestattet wird, selbst wenn der Käufer den Beweis anbietet, dass der Mangel schon beim Kaufe vorhanden gewesen sei, und 3. dass für den Heimschlag im ersten Falle eine knappe Frist aufgestellt ist.

Fast noch entschiedener bekundet sich der formalistische Charakter des Rechts in der Nichtberücksichtigung des Willensmomentes für die privatrechtlichen Folgen von Handlungen. Alles was ein Mensch thut, wird nur nach seiner äusseren Erscheinung und seiner ökonomischen Wirkung, nicht nach seinem innern Motive beurtheilt.

---

[2] Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter S 260 f.

[3] Lex Bai. XV 9: Nemo firmitatem venditionis inrumpat, nisi forte vitium invenerit quod ille venditor celavit . . . . si non vult recipere (venditor), juret cum sacramentali uno, quia vitium ibi nullum sciebam in illa die quando negotium fecimus, et stet factum. Ed. Roth. 230: Si quis conparaverit mancipium, et postea lebrosus aut demoniosus apparuerit, tunc vinditor si pulsatus fuerit preveat sacramentum singulus, quod in conscientia ipsius de ipsa infirmitate non fuissit, quando eum vindedit, et amplius non calomnietur. Kraut, Grundriss 5. Aufl. § 129 Nr 2 und 3. Lüb. Recht (Hach) II 201.

[4] Brünner Schöffenbuch Art. 278 (Rössler S 128): Antiquum et commune jus habet, quod ratione duorum defectuum, quorum unus dicitur vulgariter „hertschlechtig" et alter „ruczig", venditor infra triduum ab emtore equum sibi reassignatum sine contradictione debet recipere.

Das Recht räumt weder der bona fides noch der Verschuldung ein Gewicht ein, sobald es sich darum handelt, die rechtlichen Wirkungen einer That zu bestimmen. Wer etwas thut, wodurch ein Rechtsbestand angegriffen wird, muss die Verantwortlichkeit dafür voll und ganz tragen, es giebt nur Recht und Unrecht, und die civilrechtlichen Folgen von etwas, das sich als Unrecht erweist, fallen zu Lasten des Thäters.

Die zwei Hauptanwendungsfälle, die hierher gehören, sind die, dass man für allen Schaden haftet, den man selbst bei völlig mangelnder Zurechnungsfähigkeit oder sogar in Nothwehr einem andern an Leib oder Gut zugefügt hat, und dass die Haftbarkeit aus Vertragsverhältnissen für anvertraute und geschuldete Sachen eine unbedingte, selbst durch Eintritt eines Zufalls nicht aufgehobene ist. Es ist hierüber im Obligationenrechte näher zu handeln. Hier sei nur darauf aufmerksam gemacht, dass es keinen entschuldbaren Irrthum giebt, weil jeder Irrthum als negligentia angesehen ist, deren Folgen man sich selbst zuzuschreiben hat. Im langobardischen Rechte scheint negligenter und voluntarie der gleiche Gegensatz und identisch zu sein mit per errorem und asto animo[5]. Es ist der Gegensatz von bona und mala fides; ignoranter oder per errorem heisst: in Unkenntnis des Unrechts, asto dagegen: in Kenntnis der Rechtswidrigkeit. Aber auch die Unkenntnis des Unrechts befreit nicht von der civilen Haftbarkeit für den Schaden, der Gegensatz hat nur eine Bedeutung für die Strafe: die ignorantia zieht keine Busse nach sich. In gleichem Sinne wie das ignoranter des langobardischen Edicts braucht die sächsische Rechtssprache das Wort unwetene, unwissentlich, d. h. ohne Kenntnis des Unrechts, z. B. Ssp II 46 § 1: wer einen fremden Acker unwetene bebaut, verliert doch seine Arbeit. So auch das Brünner Schöffenbuch Art. 139 (Rössler S 72): Si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiam si ignarus (= unwetene, d. h. non asto, aber doch negligenter) fecerit, quia cum erraverit in suo facto, non est probabilis ignorantia.

§ 15. c. Der Schadenersatz.

Das moderne Recht hat das freie Ermessen des Richters wesentlich auf dem Gebiete des Schadenersatzes zur Blüthe gebracht, und damit es recht üppig gedeihe, fordert man sogar für Schadenersatz-

[5] Man vergleiche etwa lib. Pap. Lud. Pii 40: ignoranter und voluntarie, Ed. Roth. 178: uxorem accipere negligere und voluntarie dilatare, Roth. 248: per errorem pignorare, nam non asto.

prozesse die Civiljury. Das deutsche Recht[1] hat auch hierin nicht individualisiert, sondern absolute Maassstäbe aufgestellt, die ihre Regulierung nach der grösseren oder geringeren Stärke des schuldhaften Handelns gefunden haben, welches die Schadenersatzpflicht erzeugt.

Wir lesen vielfach in den Volksrechten von dem capitale, das der Verbrecher neben der compositio zu zahlen habe[2]. Man versteht darunter allgemein den Werth der gestohlenen oder beschädigten Sache, den Schadenersatz. Wie aber wurde derselbe ausgemittelt? War das nicht dem richterlichen Ermessen anheim gegeben? Wenn wir aus lex Sax. 66 entnehmen, dass der solidus nach Rindern und Getreidemaassen gewerthet ist, so wird auch umgekehrt zu schliessen sein, dass alle Gegenstände ihren bestimmten Preis hatten, der ein individuelles Schätzen ausschloss. Wohl war es ein Durchschnittswerth, der im einzelnen Falle den wirklichen Schaden nicht decken mochte, aber dafür erhielt der Verletzte auch noch die Busse, welche überreichlich alles aufwog.

Ebenso verhält es sich nun auch wohl bei Schadenersatz, der in Folge eines Vertragsverhältnisses zu zahlen war. Der Commodatar fand sich ausser Stande, die ihm geliehene Sache zurückzugeben, weil sie bei ihm zu Grunde gegangen war, der Verkäufer musste den Käufer für die verkaufte Sache in Folge Eviction schadlos halten u. dgl. Der Werth der Sache bestimmte sich nach jenem allgemein angenommenen Tarif; handelte es sich um Sachen, die wegen ihrer zu grossen individuellen Verschiedenheit eine allgemeine Tarifierung nicht zuliessen, so musste allerdings geschätzt werden, wie es in den Verkaufsbriefen über Liegenschaften regelmässig heisst, es solle bei Eviction bezahlt werden tantum et alium tantum quantum ipsae res emelioratae valuerint: aber es ist zu vermuthen, dass zur Vermeidung von Willkür ein Gericht ständige Schätzer zur Verfügung hatte, welche eine constante Praxis durchführten. Ich möchte das daraus schliessen, dass in lex Sal. tit. 50 § 1 für den betreibenden Gläubiger vorgeschrieben ist, er solle im Hause des Schuldners die Leistung fordern cum testibus vel cum illis qui praecium adpreciare debent, d. h. mit Zeugen und den allfällig schon hinzugezogenen Schätzern. Die Zeugen also genügen zur Abschätzung nicht, es bedarf hierzu besonderer Personen, andererseits aber ist schwer denkbar, dass die Wahl derselben dem Gläubiger allein überlassen geblieben wäre, weil der Schuldner dann leicht hätte beeinträchtigt werden können.

---

[1] Ueber das römische vgl. Jhering, Geist des röm. Rechts II § 29.

[2] Vgl. v. Woringen, Beiträge zur Gesch. des deutschen Strafrechts S 71 ff.

Aber schlechthin mit dem Ersatze des einfachen Sachwerthes ist der Schaden nicht immer vollständig aufgewogen. Doch scheint es, als ob das alte deutsche Recht einen weiteren Schadenersatz nicht zugelassen habe, ausser wenn ein solcher ausdrücklich unter den Parteien zum voraus war vereinbart worden. Darauf weist der im alten Rechte höchst ausgedehnte Gebrauch der Conventionalstrafen, ja man kann sagen die Eigenschaft derselben als eines integrierenden Bestandtheils der Rechtsgeschäfte, besonders der Contracte. Festsetzung einer Conventionalstrafe war zugleich der sicherste Weg, allen Bedürfnissen nach dieser Richtung zu genügen, ohne doch das formale Recht zu brechen und der Willkür des Richters Spielraum zu eröffnen. Denn dadurch wurde der Schadenersatz von vorneherein fixiert und jede Partei wusste, was sie zu gewärtigen hatte. Auch diese Conventionalstrafen folgen der Tendenz des Rechts zur Schablone. Bei Verkauf wird für den Fall der Eviction durchweg Ersatz des doppelten Werthes der Sache festgesetzt, möglicherweise unter dem Einflusse der duplae stipulatio des römischen Rechtes. Derselbe Maassstab wurde in Precarien und Zinsverhältnissen auf Säumnis in der Zinszahlung angewendet, wo sich dann die strenge, oft zum Rechtssatz gewordene Uebung bildete, dass die Verdoppelung von Tag zu Tag fortschritt, der sogenannte Rutscherzins, z. B. Ssp I 54 § 2. In anderen Fällen wurde auf die Nichthaltung des Vertrags eine Geldsumme als Busse gesetzt, und zwar entweder so, dass dieselbe an Stelle der Vertragserfüllung treten solle, oder dass die letztere neben der Strafe gefordert werden könne [3], oder dass nur bei mala fides diese Häufung einzutreten habe [4].

An dem hier nur beispiels- und andeutungsweise über die Rechtsschablone Gesagten muss ich mir genügen lassen, manches Vereinzelte, was mir noch vorliegt, aber noch der Vervollständigung bedarf, bei Seite legend, um nicht ungebührlichen Raum zu beanspruchen. Wir wenden uns zu der andern Seite der Frage, der Rechtsplastik.

---

[3] Eine häufige Formel in langobardischen Urkunden (z. B. Cod. Cav. I Nr 165) ist: Si autem noluerit aut non potuerit nobis ea defensare, componere nobis X solidos et per inbitis nobis ea defensare.

[4] Etwa Cod. Cav. I Nr 170: Si minime eos vobis defensare non potuerimus, unde ausi fuerimus vobis jurare, ut nostrum non sit colludium, tunc alia talem rem, qualis ista nostra vicariatione in illis diebus esse paruerit, alia tale vobis in eodem loco restaurare obligamus; si autem nos hec vicaria vobis tollere aut contrare quesierimus, aut si hec cartula irrita facere quesierimus, ad compositione siamus obligati ad componendum tibi triginta solidos, et hanc cartula vicariationis in eo ordine perpetue firma permanead.

4. Die Rechtsplastik.

§ 16. a. Denkweise und Sprache im Rechte.

Jedem Volk ist es im Anfange seiner Rechtsbildung eigen, dass es das Recht und die Rechtssätze plastisch denkt und ausspricht, d. h. in einer Weise, die aus concreten, sinnlichen Formen und Erscheinungen ein möglichst originelles Bild schafft, welches eben darum dem Gedächtnisse eingeprägt bleibt. Diese Denk- und Ausdrucksweise findet ihren gefährlichsten Feind in der schriftlichen Aufzeichnung des Rechtes, sie gedeiht nur in dem naiven Volksleben und in der Ueberlieferung von Mund zu Mund, welche keine abstracten Sätze brauchen kann, die man sofort wieder vergessen würde. Schon das erste in Gesetzesform gebrachte Recht ist ungleich nüchterner, viel mehr auf den Verstand berechnet als das urwüchsige Recht, das unmittelbare Aeusserung des Volksgeistes ist. Wir hätten gar keinen Begriff von der plastischen Denkweise, welche dem deutschen Volke im Rechte eigen war, wenn wir nur auf die Volksrechte, die Rechtsbücher und die Land- und Stadtrechte verwiesen wären und uns nicht in den Weisthümern des Bauernvolkes und in den Rechtssprichwörtern noch der köstlichste Schatz der uralten Ausdrucksform erhalten geblieben wäre. Denn schon die Volksrechte sind durchaus reflectiert; rechtsverständige Männer haben, wie der Prolog zu der lex Salica sagt, die Ursachen der Streitigkeiten erwogen und das für den Gerichtsspruch Maassgebende festgesetzt. Die Volksrechte sind nicht mehr der Ausdruck des reinen, unbewusst erzeugten Gewohnheitsrechtes, ein solches ist uns blos noch in der sinnlichen Gestaltung der Rechtssätze überliefert, wie sie die bäuerlichen Weisthümer, oft auch nur noch vereinzelt, enthalten[1].

Man darf sich indessen schwerlich damit begnügen, diese sinnliche und meist auch sinnige, selten plumpe Denk- und Ausdrucksweise einzig und allein als das Product der „naiven Volksseele" zu erklären, und ihren Grund ausschliesslich in der praktischen Erwägung zu finden, dass etwas in lebensvollem Bilde gedacht besser im Gedächtnisse hafte als ein abstracter Satz, dass man sich beispielsweise den Hammerwurf zur Bestimmung der Grenze eines Hofes, das Nichtanstossen des quer über den Sattel gelegten Spiesses zur Feststellung der Wegbreite, besser habe merken können als ein dürres Zahlenmaass. Gerade solche Handlungen, welche ein nacktes Abmessen

[1] Die Weisthümer gerade haben ja bekanntlich Jakob Grimm, zumal für diese Abtheilung seiner Rechtsalterthümer S 54 ff., das reichste Material geliefert.

nach Schritten oder Fuss ersetzen sollen, sind oft compliciert genug, um im Gedächtnisse Verwirrung anzurichten, wie etwa jenes Maass für den Umfang, in welchem Hühner auf Nachbarland zu dulden sind, wo der Bauer auf dem Dachfirst stehen, mit der rechten Hand das rechte Ohr fassen, mit der linken aber die Sichel am spitzen Ende ergreifen und von hinten unter dem rechten Arme hindurch schleudern muss. Auch die Berufung auf Humor und Poesie reicht hier nicht aus. Wie schon J. Grimm[2] aufmerksam gemacht hat, dass der Wurf des Hammers auf religiöse Bedeutung, Weihung der Grenze hinweist, wie vom Pfeilschuss und manchem andern ein solcher Zusammenhang ebenfalls mehr oder weniger sicher ist, so dürfte überhaupt für alle diese Erscheinungen ein tieferer Grund anzunehmen sein, der sich vielfach als ein religiöser darstellt, weil die Formen, in denen das Recht auftritt, ursprünglich religiöse Formen waren, wie das Recht Bestandtheil der Religion und der Hut derjenigen anheim gegeben war, denen die Offenbarungen Gottes anvertraut waren. Und mangels einer religiösen Beziehung ist es doch wenigstens das Bedürfnis, Rechtsakte als solche vor andern gewöhnlichen und rechtlich bedeutungslosen Handlungen auszuzeichnen und ihren Werth schon in der äussern Erscheinung auszudrücken. Der eben erwähnte Sichelwurf, der für uns einen Anflug von Hokuspokus hat, ist in der uns überlieferten Form vielleicht allerdings schon eine ins Lächerliche gezogene Verunstaltung einer ursprünglich höchst solennen Handlung, welche nicht nur die rechtliche Bedeutung der Sache zum Ausdrucke brachte, sondern auch Schutz des Nachbars gegen übermässige Belästigung und Missbrauch des Rechtes in sich schloss: kein von beliebigem Standpunkte und in beliebiger Körperhaltung vorgenommener Wurf der Sichel durfte maassgebend sein, wenn es sich um Rechtsfolgen handeln sollte. Oder wenn das Rebenweisthum von Twann[3] das Maass der in gewissem Falle bewilligten Trauben auf einen Hut voll bestimmt, so, dass ein Bannwart dem andern den Hut über einen Dornhag reichen kann, so ist das möglicherweise der Ueberrest einer Solennität, wodurch constatiert wurde, ob einer ungebührlich Trauben genommen habe: was einer frei in der Luft, über einem Dornhag, also ohne den Arm zu stützen, halten konnte, ging noch in das Maass. Und so liessen sich noch eine Menge charakteristischer Züge aufführen.

---

[2] Rechtsalterthümer S 67.

[3] Grimm, Weisthümer I S 182. Osenbrüggen, Studien zur deutschen und schweizerischen RG S 99 ff.

Wenn man so realistisch denkt, so wird auch die Sprache realistisch. Aber ich will hier nicht davon reden, wie sehr der Wortschatz einer jungen Sprache am Sinnlichen und Körperlichen klebt; und z. B. die Worte Geloben und Erlauben aus einem und demselben Stamme mit dem Worte Laub, Treue und Anvertrauen vom Worte triuwan, das kräftige Wachsthum der Pflanzen bedeutend, herkommen, und so die unmittelbarste sinnliche Anschauung die Worte belebte, die uns zu reinen Abstractionen geworden sind. Es ist das ja auch keine Besonderheit der Rechtssprache, sondern Charakter der Sprache überhaupt. Hier sei nur der eine Punkt noch berührt, wie die deutsche Sprache des Mittelalters sich verhalten hat, um reine Rechtsbegriffe und demgemäss abstracte Rechtssätze zum Ausdrucke zu bringen.

Man ist geneigt, die mittelalterliche Sprache in dieser Hinsicht als eine dürftig ausgestattete anzusehen, aber man beachte doch, wie wenig Wörter sowohl die römische als die heutige Rechtssprache für die in absoluter Abstraction gedachten Rechte hat: mutuum, commodatum, emtio venditio u. s. f., ebenso servitus, ususfructus, pignus, emphyteusis, superficies, sogar potestas, manus u. dgl. bezeichnen nicht das Recht selbst, sondern die concrete Grundlage des Rechts (die Vereinbarung, den Herrschaftsbestand), woraus das Recht erwächst. Und im Grunde gilt das genau genommen auch von unserem Worte Eigenthum, das den Zustand des zu Eigen Habens bedeutet, und das Recht selber heisst Eigenthumsrecht, gleichwie genau gesprochen das Niessbrauchsrecht jus utendi fruendi und nicht ususfructus heisst. Der mittelalterliche Sprachschatz ist hierin nicht mangelhafter als der römische und der heutige, allen jenen Ausdrücken entsprechen deutsche: Darlehn, Leihe, Kauf, Beladenschaft, Last, Erbleihe, Pfand, Gewalt, Munt u. s. f., und Inhalt und Bezeichnung des Rechts ergeben sich dort wie hier aus der Beschaffenheit der Vereinbarung oder des Herrschaftsbestandes. So bezeichnen namentlich auch die Worte Eigen und Leibzucht das Innehaben eines Gutes zu vollem Rechte und zu Niessbrauch, daher die Quellen davon sprechen, dass man Eigen und Leibzucht an einem Gute verliere (Ssp I 32), dass man sein Eigen an einem Grundstück bezeuge (Ssp I 62 § 6), dass man ein Gut zu Leibgeding gebe. Und zugleich dienen diese Worte auch zur Bezeichnung des Gutes selbst, nicht gerade in prägnanterer Weise, als wir heutzutage von Gegenständen als unserem Eigenthum reden. Darum gehen auch für die Verurkundung von Rechtsgeschäften die lateinische und die deutsche Sprache so leicht und ungezwungen neben einander her und bietet die Uebersetzung

aus der deutschen in die römische Terminologie und umgekehrt keine Schwierigkeiten.

Wenn man dennoch aus den Rechtsquellen des Mittelalters den Eindruck einer gewissen Unfügsamkeit und Sprödigkeit in Handhabung der juristischen Begriffe empfängt, so liegt der Grund nicht in der Armuth des Sprachschatzes, sondern in dem Zuge zu möglichst realistischer Ausdrucksweise. Man bildet nicht gern die Rechtssätze aus lauter abstracten Begriffen, selbst wenn Wörter für solche zu Gebote stehen, und auch da, wo nichts anderes übrig bleibt, versucht man bisweilen der Sache einen concreten Schein zu geben, so ungeschickt es auch ausfallen mag. So etwa braucht das langobardische Edict in zahlreichen Stellen[4] den Ausdruck mundium in potestate habere; was ist in diesem seltsamen „die Gewalt in der Gewalt haben“, wo das einfache mundium habere vollauf genügt hätte, anderes zu erblicken als das Suchen nach einem auf realer Basis stehenden Ausdrucke für den auf der Munt beruhenden Herrschaftsbestand. Aus gleicher Neigung entspringt das Hervorkehren der Gewere in den Quellen gegenüber dem Rechte, wie z. B. Ssp I 31 § 2 sagt: der Mann nimmt in seine Gewere alles Gut der Frau zu rechter Vormundschaft, wo ein heutiges Gesetz sich etwa ausdrücken würde: der Mann hat kraft seiner ehelichen Vormundschaft das Niessbrauchsrecht am Frauengut. Man vermeidet eben solche abstracte Sätze und spricht aus, was das Ergebnis derselben für das praktische Leben ist. Aber deshalb ist für den Juristen doch hinter allen diesen Sätzen der wahre rechtliche Gehalt erkennbar und zu ermitteln, und es hat der richtigen Erkenntnis des deutschen Rechts vielfach bedeutenden Eintrag gethan, dass man sich in diese Ausdrucksweise der Quellen nicht genug hineingefunden hat.

§ 17. b. Solennitäten und Symbole.

Plastik der Denk- und Ausdrucksweise und Plastik der Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen ist unzertrennlich verbunden, die eine erzeugt nothwendig die andere. So ist das deutsche Recht auch in seiner äusseren Erscheinung ungemein plastisch, d. h. mit Formen umkleidet, welche den Inhalt, die Materie möglichst genau sinnlich darstellen. Nicht jeder Formalismus ist plastisch, gerade derjenige unseres heutigen Rechtes ist es nicht: wir stellen etwa das Requisit schriftlicher Form für gewisse Verträge auf, aber in dieser Form kommt der Inhalt und das Wesen des Vertrages in keiner Weise zu

[4] Roth. 178. 182. 188. 195. 196. 215. Liutpr. 100.

äusserer Erscheinung, die Form ist vielmehr für die verschiedensten Verträge immer dieselbe. Und dann erst die grösste Leistung des modernen Formalismus, der Wechsel, zumal dessen wichtigste Form der trassierte Wechsel, verhüllt in seiner äusseren Erscheinung das materielle Recht, das er erzeugt, weit eher, als dass er es zum Ausdrucke bringt, denn aus der Urkunde, der Form selbst, liest man nicht heraus, dass der Trassant dem Remittenten und den Indossataren aus dem Wechsel zur Zahlung verpflichtet ist u. a. m., sondern man muss das Recht zuerst kennen, um die Form zu verstehen, die Form erklärt nichts, sie ist das Gegentheil der Plastik, denn sie führt jeden, der auf sie allein vertraut, irre, weil, wer ohne die Bedeutung eines Wechsels zu kennen eine Tratte unterschreibt, aus der Form selbst nur herausliest, dass er eine Anweisung, nicht dass er eine Schuldverpflichtung ausstelle.

Im Gegensatz zu diesem modernen Formalismus, welcher losgelöst von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse selbständiges Erzeugnis künstlicher Rechtsentwicklung ist, richtet sich der Rechtsformalismus eines jugendlichen Rechts auf sinnliche Darstellung des rechtlichen Vorgangs; Solennitäten und Symbole spielen die Hauptrolle. Die Solennität potenziert die Form des gewöhnlichen Lebens: anstatt der frei gewählten Worte des ungezwungenen Gesprächs müssen bestimmt vorgeschriebene Worte oder ganze Formeln gesprochen, anstatt einer wenig in die Augen fallenden Handlung muss ein feierlicher Akt vollzogen werden. Symbole treten ein, wo eine natürliche Form fehlt, jede Anknüpfung an eine solche unmöglich ist, daher eine sinnbildliche Form geschaffen wird, um einen abstracten Vorgang zum Ausdruck zu bringen.

Man führt den Ursprung der Solennitäten und der Symbole oft auf einen der Nation inwohnenden bewusstlosen Bildungstrieb zurück, auf uralte Volkssitte, bezeichnet ihn als nicht mit Absicht und Bewusstsein eingeführt, als nicht gemacht, sondern geworden. Es mag unfruchtbar erscheinen, darüber zu streiten; das Gegentheil erscheint mir aber doch ansprechender: aller Formalismus dieser Art ist gemacht, aus bewusster Ueberlegung geschaffen, und zwar von dem Priesterstand, welcher der Hüter des Rechtes in der Jugendzeit des Volkes ist. Denn nur was mit Recht und Religion zusammenhängt, steht unter der Herrschaft dieses Formalismus, dort wiegt mehr die Solennität vor, hier die Symbolik, und besonders die letztere (aber auch gutentheils jene) ist nie naiv, aus freiem Impulse eines Volkes hervorgebracht, sondern stets reflectiert, künstlich erdacht; man denke an die reiche Symbolik des mosaischen Gesetzes und Gottesdienstes,

wo jeder Edelstein im Schmucke des Hohenpriesters, jedes Stück der priesterlichen Kleidung u. s. w. seine symbolische Bedeutung hatte. Das erzeugt der Volksgeist nicht, sondern das erfindet das priesterliche Oberhaupt, aber es kommt damit allerdings dem Gefühle des Volkes entgegen und berechnet genau, was dem Sinne des Volkes zusage, damit sich die Form einbürgere. Der Zweck hierbei war ursprünglich wohl nicht gerade der, das Volk vom Priesterstand abhängig zu halten, durch den Besitz streng gewahrter Geheimnisse sich Herrschaft und Einfluss zu sichern, obschon in der Folgezeit der Formalismus auch hierzu ist benutzt worden; vielmehr entsprang dieser Formalismus dem Bestreben, das Recht und die Religion dem Volke heilig zu machen, durch die Durchdringung derselben mit feierlichen Handlungen und Symbolen, ja durch völlige Verkörperung derselben in Solennitäten und Symbolen eine heilige Scheu und Ehrfurcht vor ihnen zu pflanzen, das leicht entzündbare Gemüth des jugendlichen Volkes dadurch höher zu stimmen und für das Recht empfänglich zu machen, das der Verstand noch nicht fassen und als nothwendig erkennen kann. Ohne solchen Formalismus fände das Volk sein Recht nicht, es bliebe ihm ein verborgener Schatz, und darum ist ihm die Form naturgemäss selbst das Recht, und es pflegt die Form um ihrer selbst willen und weil es nur in ihr das Recht sieht.

Weil wir uns in dieses Stadium geistiger Entwicklung im Volksleben nicht hineindenken können, erscheint uns auch die starre Herrschaft der Form allzuleicht als eine unerträgliche Fessel der freien Willensbewegung, aber in ihrer Blüthezeit wird sie doch nach keiner Richtung als solche empfunden. Denn einerseits bringt man dem Rechte selbst von vorneherein einen grösseren Ernst entgegen als heutzutage und tritt man an Rechtsgeschäfte in gesammeltem Geiste heran, so gut wie man gottesdienstliche Handlungen mit andächtigem Gemüthe unternimmt, andererseits ist das Gefühl der durch den Formalismus verbürgten Sicherheit und Festigkeit des Rechtes und des Rechtsbestandes zu stark, als dass man sich nicht gerne die höheren Anforderungen gefallen liesse, die er an Vorsicht, Aufmerksamkeit, Anspannung aller Genauigkeit der in Rechtsverkehr tretenden Personen stellt. Oder man darf sagen: der Formalismus wird gar nicht als solcher empfunden, weil es ohne ihn kein Recht giebt, und alles Recht nur durch ihn erkannt und geübt wird. Auch uns drückt und beengt der strenge Formalismus des Wechsels nicht, weil wir eben gerade darin das Wechsel*recht* erst erhalten.

Fragt man nun zunächst, ob das deutsche Recht für den Abschluss von Rechtsgeschäften den Gebrauch bestimmter Worte oder

Formeln verlangt habe, so ist man auf den ersten Blick geneigt, die Frage zu verneinen. Eine verborum obligatio wie die stipulatio der classischen Römerzeit gab es einmal nicht, keine Form, die darin bestand, dass das Recht einem einzigen bestimmten Worte die Kraft beigelegt hatte, ein Rechtsverhältnis zu erzeugen; ein Formalvertrag also, in welchen jede beliebige Vereinbarung durch jenes formal gesprochene Wort konnte gekleidet werden, um fortan kraft dieses Wortes, nicht kraft ihres zu Grunde liegenden Inhaltes, im Rechte zu gelten, existierte bei den Deutschen nicht. Dagegen darf angenommen werden, dass bei Abschluss von Rechtsgeschäften der Inhalt derselben von den Parteien auf bestimmte feierliche Weise, durch eine bestimmte solenne Formel, sei ausgesprochen worden. Es weist darauf das Cartularium Langobardicum hin[1]. Diese Sammlung stellt die Formeln auf, welche bei Gelegenheit der Ausfertigung und Begebung der über ein Rechtsgeschäft aufzunehmenden Urkunde sollen gesprochen werden. Nun ist richtig, dass diese formelhafte Wechselrede hier zum Zwecke der Urkundenbegebung stattfindet, und man möchte daher sagen, das Rechtsgeschäft selbst, das ja schon vorher vereinbart war, habe in freigewählten Ausdrücken können abgeschlossen werden. Dem steht entgegen, dass, wie es scheint, in diesen Fällen der Vertrag überhaupt erst durch die Urkundentradition perfect wird[2]. Beides, Vertragsschluss und Urkundenbegebung, ist hier nicht zu trennen. Fraglich kann aber dennoch bleiben, ob die Parteien, welche auf urkundliche Ausfertigung verzichteten und ein solches Rechtsgeschäft, Morgengabebestellung, Liegenschaftsverkauf u. s. w., blos mündlich vereinbarten, sich dieses formelhaften Verfahrens auch bedienen mussten. Ich möchte das darum annehmen, weil nicht recht einzusehen wäre, warum nur für die Abfassung der Urkunde die peinliche Beobachtung gewisser Ausdrücke vorgeschrieben wird. Wenn der Veräusserer ein Langobarde ist, heisst es beispielsweise, so soll er in der Urkunde dem Käufer für sich und seine heredes das Verfügungsrecht sine omni contradictione einräumen und spondere ihn gegen Jedermann zu vertheidigen. Bei Franken, Gothen, Burgundern, Alamannen oder Baiern sollen den heredes noch die proheredes, der contradictio noch die repetitio beigefügt, statt spondere das se obligare gesetzt werden. Diese Unterschiede, die übrigens am Inhalte nichts ändern, sondern formeller Natur sind, waren wohl schon vorhanden, bevor überhaupt das

---

[1] Pertz, Leges IV 595 ff.

[2] Vgl. Brunner, Zur Rechtsgesch. der röm. und german. Urkunde S 97 ff. Analogie im angelsächsischen Rechte ebenda S 157, im fränkischen S 270.

Urkundenwesen bei den deutschen Stämmen Platz griff, und führen zu der Annahme, dass schon vorher der Abschluss von Rechtsgeschäften aller Art sich in bestimmten gesprochenen Formeln vollzog, und dass diesen Formeln die grösste Bedeutung beigelegt war der Form wegen, und dieselben in der bei den einzelnen Stämmen aufgekommenen Fassung dann auch ihren Eingang in die später eingedrungene Urkundenpraxis gefunden haben.

Es ist nicht unwahrscheinlich, dass der Rechtsverkehr sich in bestimmt abgemessenen Formeln bewegte, etwa in der Art, wie es die lex Salica 50 § 3 für das Executionsverfahren andeutet[3] und das erwähnte Cartular bestätigt. So heisst auch der Auflassungsakt bei Grundstücksveräusserung, sobald er nicht mehr an Ort und Stelle durch feierliches Verlassen des Grundstückes vollzogen wird, se exitum *dicere*, welchem entspricht, dass im sächsischen Rechte *ore* et digito aufgelassen wird; es ist kaum daran zu zweifeln, dass hierbei eine bestimmte feststehende Formel gesprochen wurde.

Was bisher die Aufmerksamkeit von dieser Seite der Frage etwas abgelenkt hat, ist wohl hauptsächlich der Umstand, dass beinahe alle Rechtsgeschäfte, jedenfalls die besonders charakteristischen des deutschen Rechtes, denen man das Hauptinteresse zugewendet hat, von einer Fülle solenner und symbolischer Handlungen umgeben sind, über denen man die Wichtigkeit der Wortform nicht beachtet hat, obschon doch von vornherein anzunehmen ist, dass sich gerade mit solennen und symbolischen Handlungen auch naturgemäss solenne Worte verbinden.

Solennität und Symbol, solenne und symbolische Handlungen sind keine einander ausschliessenden Gegensätze: oft und viel werden Symbole zu solennen Vorkehrungen verwendet, ja die symbolischen Handlungen sind meistens auch zugleich solenne, obschon sie es nicht nothwendig zu sein brauchen. So ist der Schild Symbol der Gerichtsgewalt und das Aufhängen desselben am Gerichtsbaume eine für die Hegung des Gerichtes nothwendige Solennität. Oder wenn der Erwerber eines Grundstückes um die Grenzen desselben herumgeführt wird, den Thürpfosten des Hauses ergreift, der Veräusserer einen abgebrochenen Baumzweig und eine aus dem Boden gehobene Erdscholle dem Erwerber überreicht, so sind das zugleich symbolische und solenne Handlungen.

Symbol ist das in concrete sinnliche Anschauung gestellte Sinnbild

---

[3] Ille cui fides facta est ambulet ad grafionem et adprehendat fistucam et *dicat* verbum (Formel). Tunc grafio ad casa illius ambulet et *dicat* (Formel).

einer Idee, eines Begriffes, eine symbolische Handlung daher eine solche, welche einen sinnlich nicht wahrnehmbaren Vorgang in einem äusserlichen Handeln versinnbildlicht. Baumzweig und Erdscholle in dem eben angeführten Beispiele sind keine Symbole, denn sie versinnbildlichen keine Idee, sondern repräsentieren das Grundstück, sie sind Repräsentanten des Gutes, aber die Ueberreichung von Baumzweig und Scholle an den Erwerber des Grundstücks kann als symbolische Handlung bezeichnet werden, denn sie versinnbildlicht den Uebergang der Gewere (des Besitzes) mit allen ihren rechtlichen Wirkungen auf den neuen Eigenthümer. Das ist eben das Wesen der symbolischen Handlung, dass ein abstracter Vorgang durch sie im Bilde sichtbar vollzogen, der Eigenthumsübergàng z. B. durch Uebergabe und Anziehen des Handschuhes sinnlich dargestellt wird. Daher sind auch die sog. Scheinhandlungen nicht unter die symbolischen Handlungen zu zählen: die Hingabe der arrha ist keine symbolische Zahlung, das Henken in effigie ist keine symbolische Hinrichtung. Das darum nicht, weil Zahlung und Hinrichtung keine abstracten, sondern höchst concrete und sichtbare Vorgänge, daher schon dem Begriffe nach keiner Symbolisierung fähig sind, wie denn auch die Hingabe der arrha und das Henken in effigie weder die Zahlung noch die Hinrichtung wirklich vollziehen, während dagegen in der symbolischen Handlung der versinnbildlichte Rechtsakt selbst zu vollem Ausdruck und Vollzug gelangt: mit der arrha ist der Verkäufer nicht bezahlt, mit dem Henken in effigie ist der Verbrecher nicht hingerichtet, aber mit dem Ueberreichen des Baumzweiges ist der Erwerber in Besitz gesetzt. Solennitäten endlich sind solche Vorkehren, welche nicht selber eine Rechtshandlung darstellen, sondern blos einem Akte eine besondere Feierlichkeit und Würde zu geben bestimmt sind, und zwar so, dass diese Handlung nur durch Anwendung der Solennität Rechtshandlung, als Rechtsakt giltig wird. So die Zuziehung der Solennitätszeugen, das Zupfen der Zeugen am Ohre u. dgl. Wie schon bemerkt werden symbolische Akte (und ebenso auch Scheingeschäfte) vielfach auch zugleich solenn gefordert, so die Investiturhandlung durch Darreichung von Zweig und Scholle vor Solennitätszeugen und in feierlicher Haltung, das entspricht schon der Würde des Symbols, aber zum Wesen der Sache ist es nicht gerade unerlässlich.

Solennitäten und Symbole begegnen im deutschen Rechte so vielfach auf Schritt und Tritt, dass eine einlässliche Aufzählung hier unterbleiben muss. Das Meiste hat J. Grimm in seinen Rechtsalterthümern zusammengestellt. Ich erinnere nur daran, in welcher Unzahl von Anwendungen die Zuziehung von Solennitätszeugen, testes im Gegensatze

zu adstantes[4], erforderlich ist, man nehme nur die zwei Titel 46 und 50 der lex Salica, wonach das einzige Geschäft der Affatomie dreimal drei Zeugen für drei verschiedene Akte desselben in Bewegung setzt, und die Schuldbetreibung ebenso durch lauter mit Zeugen solennisierte Akte sich vollzieht. Dass diese Zeugen zugleich auch Beweiszeugen sind, ändert an ihrem Solennitätscharakter nichts.

Die Symbole, so mannigfaltig sie sind, versinnbildlichen doch durchweg einen Herrschafts- und Gewaltsbegriff und die symbolischen Handlungen stellen die Einräumung dieser Herrschaft sinnlich wahrnehmbar dar. So symbolisiert die Handreichung bei der Commendation, das Hineinlegen der zusammengefalteten Hände des Muntmanns oder des Vassallen in die geöffneten des Herrn die Ergebung in die Munt oder in den Lehnsnexus, das Aufstippen und Schnellen der Finger bei der sächsischen Auflassung (digitis incurvatis abnegationem facere) das Aufgeben jedes Anspruchs an die übertragene Liegenschaft, das Darreichen von Zweig und Rasen die Besitzeinweisung in Grundstücke, das Anfassen von Altardecke oder Glockenstrang die Besitzergreifung von Kirchen und Kapellen, das Niederlegen von Hausschlüssel oder Mantel auf der Bahre oder dem Grabe des verstorbenen Ehemanns durch die Witwe die Ueberlassung des gesammten Ehevermögens an die Gläubiger des Mannes, die Ueberreichung des abgeschnittenen Haupt- und Barthaares die Uebergabe in die Knechtschaft, das Hingeben von Hut oder Handschuh die Eigenthumsübertragung, die Verleihung von Stab, Scepter, Speer, Heerfähnlein die Lehnsbestellung.

Die Blüthezeit dieser Symbolik ist die fränkische Periode. Denn in dieser Zeit hat noch jedes Symbol Geist und Leben, und das zeigt sich zuvörderst darin, dass es nicht starre und todte Form ist, sondern in lebendiger Wechselbeziehung zum gesprochenen Worte steht, und, wie alle Dinge durch das Wort gemacht sind (Ev. Joh. 1, 3), so auch die Form, das Symbol, durch das Wort Leben empfängt, um dann hinwiederum dem abstracten Worte die sinnliche Wirkung zu sichern. Beides ist gleich wesentlich zur Begründung des Rechts, beides dient zur firmitas des Rechtsaktes, wie Paulus Diaconus I 13 für die Freilassungshandlung, ut rata haberi posset libertas, das Symbol der Uebergabe des Pfeiles nennt, aber beifügt: immurmurantes nihilominus o b r e i f i r m i t a t e m quaedam patria verba. Da ist nichts blosse Decoration, selbst da nicht, wo sich wie z. B. bei der Veräusserung von Grundstücken die symbolischen Handlungen in auf-

[4] B e w e r, Sala, Traditio, Vestitura S 27.

fälliger Weise häufen. Wie sorgsam mahnt das Cartularium Langobardicum: wenn der Veräusserer ein Franke ist, so vergiss nicht Messer, Stäbchen, Erdscholle, Baumzweig und Handschuh, und wenn er ein Alamanne ist, die Handbinde, dagegen bei Burgundern und Baiern lass das Messer weg.

Aber schon zur Zeit der Rechtsbücher ist diese Symbolik nur noch Ruine. Manches versteht man nicht mehr, in westfälischen und süddeutschen Urkunden des 13. Jahrhunderts ist die investitura per ramum arboris et cespitem terrae verunstaltet in: proprietatem conferre cum nemoribus, cespitibus, frondibus, terris, campis, aquis, pascuis etc., Hingeben des Gutes an torve unde an tvighe, oder Hingeben mit wunne, mit weide, mit zwige, mit wassen[5]. Vollständiger Verfall tritt ein mit dem Untergange der alten Oeffentlichkeit der Volksgerichte und der Vollziehung dieser Akte in der Gerichtsstube[6]. Die Schrift ist die geschworene Feindin alles sinnlich Dargestellten. Ein Volk, das nicht schreibt, hat das Bedürfnis, durch äussere, sinnlich wahrnehmbare Symbole und Formen das Recht sichtbar zu machen und durch sie eine Handlung als Rechtsakt, einen Willen als Rechtswillen erscheinen zu lassen. Sobald man protokolliert, wird dieser Formalismus zuerst Luxus, dann Last, und schliesslich weggeworfen. Wo das Schreiben wirklich eine Kunst geblieben ist und das Volk sich derselben als etwas Fremdartigem gegenübergestellt gefunden hat, ist die Symbolik in Kraft geblieben, so in den Hofrechten der Bauern, während in den Gerichtsstuben der Städte die Protokolle alles absorbiert haben[7]. Gleichzeitig damit beginnt dann eben nothwendigerweise auch das zur Reception des römischen Rechts führende Streben nach einer den Bedürfnissen genügenden Bewältigung und Gestaltung des abstracten Rechtsstoffes.

---

[5] So Westfäl. UB. (Wilmans) III 954. 1158; Kopp, Urkunden S 37. Vgl. auch unten bei der Darstellung der Grundeigenthumsübertragung.

[6] Man erinnere sich der Bemerkung von J. Grimm, Rechtsalterth. Vorrede: „Statt der farbigen Symbole Stösse von Akten, statt des Gerichts unter blauem Himmel qualmende Schreibstuben.“

[7] Wie der alte Mattheis Clasen in seinem Kurtzen Entwurf zu beweisen, dass der Uebergang des Eigenthums in Scriniis durch eine Investituram vollzogen werde, Köln 1766, § 33 sagt: „Dermahlen, und zwaren von den tausendzweyhundert und dreissigen Jahren, hat man angefangen, die Investituram per adscriptionem zu bewürcken.“

§ 18. c. Festuca (wadia) und arrha.

Es ist im Vorstehenden ein Gegenstand unerwähnt geblieben, den man durchweg auch als Symbol aufführt, ohne dass doch irgend eine Uebereinstimmung über das, was er versinnbildlichen soll, erzielt wäre, so wenig wie über seine Function und die Bedeutung seiner Verwendung, ja selbst nur über seine äusserliche Beschaffenheit: ich meine die festuca. Es knüpfen sich an sie ebenso wichtige als schwierige Fragen mannigfachster Art.

Um gleich mit dem äusserlichen Aussehen der festuca anzufangen, so sieht die vorherrschende, auf die gewichtigen Autoritäten von Grimm[1] und Homeyer[2] gestützte Meinung in der festuca einen Halm, und in der urkundlich häufig begegnenden festuca nodata den gegliederten, geknoteten Stengel des geschossten Korns (vgl. Ssp II 61). Doch scheint es mir zweifellos, dass von keiner festuca nodata in diesem Sinne die Rede sein kann, sondern dass es sich um eine festuca notata handelt, d. h. um ein mit Kerbschnitten versehenes Stäbchen. Nodata gehört dem romanischen Dialekte an, der im 8. und 9. Jahrhundert in der Lombardei gesprochen wurde und auch nodare für notare, noditia für notitia in Sprache und Schrift brauchte[3]. Das notare der festuca geschieht mit dem Messer, das darum auch bei der Auflassung figuriert und zum Stäbchen auf die Urkunde hingelegt wird; die festuca wird ferner entzwei gebrochen und den beiden Parteien je eine Hälfte gegeben, wie Isidor Orig. 4, 24 bezeugt, daher die Franzosen von rompre le festu reden, was alles unerklärt bleibt, wenn die festuca als Halm verstanden wird, weil man einen Halm nicht entzwei brechen kann und auch ein entzwei geschnittener Halm nicht zu dem, was Isidor sagt, tauglich wäre: iterum jungentes sponsiones agnoscebant. Nehmen wir dazu, dass ein Halm auch eigentlich nicht kann geworfen werden, sondern nur gereicht, die festuca aber geworfen wird, und schliessen wir damit, dass festuca an sich nun einmal Stab und nicht Halm heisst und in alten Traditionsurkunden sogar noch Holzstäbchen eingewickelt gefunden werden, die nichts anderes als alte festucae sein können, so kann ein gegründeter Zweifel über die ursprüngliche Beschaffenheit der festuca nicht mehr bestehen[4].

---

[1] Rechtsalterthümer S 121. [2] Die Haus- und Hofmarken S 234.

[3] Ed. Liutpr. 18. 22. 59. 74. 75. 85. 87 u. a. Ebenso urkundlich: Cod. dipl. Lang. col. 134 (Fumagalli Nr 58). Im UB. St. Gallen in räto-romanischen Urkunden, z. B. Nr 6. 8. 9. 40.

[4] Ueber die ursprüngliche Beschaffenheit; denn ohne Frage ist bei den Auflassungen des Mittelalters in süddeutschen Gebieten das Stäbchen, die festuca, durch

Erheblicher als die Frage, ob die festuca Stroh oder Holz war, ist für uns diejenige, ob sie ein Stab, Stock, baculus, oder nur ein Stückchen Holz kleinen Umfangs war, weil davon ihre juristische Bedeutung und Function abhängt. Es besteht die Neigung, die festuca als Stab und somit als Surrogat des Speeres oder des Schwertes, überhaupt der Waffe, also als Symbol der Herrschaft zu betrachten[5]. Dann wäre ihre Function klar: Wegwerfen der festuca wäre Preisgeben einer Herrschaft, Zuwerfen der festuca an einen Andern Uebertragung der Herrschaft. Scheint das bei der Auflassung von Grundstücken zuzutreffen, so passt es um so weniger bei der Hauptverwendung der festuca: der Eingehung von Zahlungsverpflichtungen. Und ausserdem sprechen die noch aufgefundenen Festuken, welche eben kleine Hölzchen sind, dagegen, denn es ist nicht denkbar, dass das Symbol des Stabes sich in so nichtssagender Weise sollte verflüchtigt haben, da doch ein gehöriger Stock jederzeit ebenso leicht und rasch zur Hand war wie ein solches Stäbchen. Ich vermuthe, dass die ursprüngliche festuca ein Runenstäbchen war. Die festuca notata nämlich und das Messer, das bei der Grundstückstradition figuriert, weisen darauf hin, dass Einschnitte in das Hölzchen gemacht wurden. Michelsen[6] hat an das Einschneiden der Hausmarke gedacht, was aber jedenfalls nur für die Verwendung der festuca bei Liegenschaftsübertragung passen würde, den Hauptanwendungsfall des Gelöbnisses unerklärt liesse. Ein bestimmter Anknüpfungspunkt ergiebt sich auch sprachlich aus Tacitus Germ. 10, wo von den surculi notis quibusdam discreti die Rede ist, welche auf ein weisses Linnen gestreut und dann

---

den Halm, calamus, ersetzt, wie die unzähligen Urkunden beweisen, wonach mit Mund und Halm, ore et calamo, das Eigenthum aufgegeben wird. Ja es geht dies schon in den Anfang des 9. Jahrh., selbst in das Ende des 8. Jahrh. hinauf, wie namentlich die Fulder Traditionen mit ihrer häufigen Formel habeatis potestatem culmo connexam beweisen. Ich erkläre mir das aus einem Missverständnisse des Wortes stipulatio. Es ist ja bekannt, dass schon früh aus römischen Formeln auch in die fränkischen Urkunden die Erwähnung der stipulatio gelangt ist, donatio firma permaneat stipulatione subnixa u. dgl. sind verbreitete Formeln. Stipulatio mochte aber damals schon von stipula, Halm, abgeleitet werden und so dem Namen zu Ehren die Sache selbst in Gebrauch kommen. Darauf weist C. dipl. Fuld. 124: potestatem habeatis stipula confixam; 189: omnem huius mundi vanam gloriam cum stipule huius abjectione depono. So hat der Halm das Stäbchen wirklich verdrängt.

[5] So neuerdings besonders Thévenin, Contributions à l'histoire du droit germanique, in der Nouvelle revue historique du droit français et étranger, année 1879 und 1880.

[6] Ueber die festuca notata und die germanische Traditionssymbolik S 4 ff. Ders., Die Hausmarke S 46 f.

wieder gesammelt secundum impressam ante notam interpretiert werden. Das sind die Runenstäbchen, welche den Priestern in öffentlichen, den Hausvätern in Privatsachen zur Wahrsagung dienen. Bedenkt man, dass das Recht ein Stück Religion, der Rechtsformalismus Erzeugnis des Priesterstandes war, so wird man nicht abgeneigt sein, auch die festucae notatae als solche surculi notis discreti zu betrachten. Und was darauf eingeschnitten wurde, war vielleicht ursprünglich eine Verwünschungs- oder Fluchformel für den Fall des Wortbruches, oder auch blos ein Zeichen hierfür, wo dann das Wegwerfen der festuca von dem Aussprechen der Formel begleitet war. Dabei erinnern wir uns wieder jenes Berichtes von Paulus Diac. I 13: Sanciunt (libertatem) per sagittam, immurmurantes patria verba. Ist auch hier die Verwendung des Pfeiles als festuca mehr als zweifelhaft, so kann doch das Murmeln deutscher Worte kaum anders als auf eine alte Formel, wahrscheinlich eine heidnische Verwünschungsformel gedeutet werden. Und wollen wir einen Schritt weiter gehen, so dürfen wir vielleicht sagen: diese patria verba waren die Vorgänger jener Formeln, welche zu ihrem Ersatze von den Dienern der christlichen Kirche redigiert, alle Strafen des Diesseits und des Jenseits über den gegen kirchliche Vergabungen u. dgl. Frevelnden herabrufen.

Soweit wir die Verwendung der festuca kennen, spricht wenigstens nichts gegen diese Herleitung. Für sie spricht am deutlichsten der Umstand, dass Hulde und Gehorsam durch den Festukawurf aufgesagt wurde, wie die Franken festucas manibus projicientes Karl den Einfältigen als ihren König verwarfen, oder es in der vita von Graf Karl von Flandern (bei Grimm, RA S 123) heisst: fidem et hominia, quae hactenus vobis servavimus, exfestucamus, abjicimus, . . . arreptis festucis exfestucaverunt fidem. Hier kann von Aufgeben einer Herrschaft, deren Symbol die festuca als Stab wäre, von vorneherein nicht die Rede sein, sondern blos von einer sacramentalen Handlung. Dasselbe gilt bei der Auflassung von Grundstücken, denn die festuca ist hier nicht Traditionssymbol, d. h. Symbol der Eigenthumsübertragung, als welches der Handschuh dient, sondern, wenn überhaupt ein Symbol, ein solches der resignatio, der künftigen Enthaltung aller Ansprüche an das Gut, wie es C. d. Fuld. 41 zeigt: projecta festuca ut mos est promisit se ulterius non intromissurum. Ebenso ist da, wo die festuca nicht geworfen, sondern zu gewissen Betheuerungen vor Gericht und sonst angefasst und gehalten wird[7], feierliche Rede auf das sacramentale Stäbchen zu denken. Endlich in ihrem Haupt-

[7] So lex Sal. 50 § 3: adprehendat fistucam et dicat verbum.

anwendungsfalle, bei der Ablegung des verbindlichen Zahlungsgelöbnisses, der fides facta, wird die festuca zur Betheuerung des Versprechens, im Worte zu bleiben, gegeben. Mit einem Worte: Beharren bei dem gegebenen und gesprochenen Worte unverbrüchlich und ewig, das wird auf die festuca, das Runenstäbchen feierlich übernommen.

Man möchte sagen, dass, wenn das der Fall wäre, auch bei einer Menge von Rechtshandlungen, die der exfestucatio entbehren, die festuca nicht fehlen dürfte. Warum findet sie dann keine Verwendung bei Bestellung einer Leibzucht, bei Satzung, sondern nur bei Eigenthumsauflassung? Ich würde antworten: darum, weil diese Rechtsgeschäfte jüngeren Ursprungs sind, und zu der Zeit ihres Aufkommens die festuca schon ihr innerstes (heidnisch-religiöses) Wesen eingebüsst hatte, eine schon in Spielerei ausartende Aeusserlichkeit geworden war, die man noch beibehielt, wo sie hergebracht war, aber nicht auf neue Rechtsgeschäfte ausdehnte, eben weil das Bewusstsein ihres ursprünglichen Sinnes abhanden gekommen war. Oder genügt schon die Erklärung, dass bei Leibzuchtbestellung und Satzung kein so völliges Aufgeben des Rechts an der Sache stattfindet, um die starke Form der exfestucatio anzuwenden?

Wir haben hier den Punkt berührt, der das Verständnis der ursprünglichen Natur der festuca so sehr erschwert: schon in fränkischer Zeit ist ihre Function erweitert und grossentheils verschoben, und zwar dadurch, dass sie als wadia oder wadium Verwendung gefunden hat. Damit verhält es sich so.

Wie im Obligationenrechte näher auszuführen sein wird, musste für fällige Schulden sofort Pfand gegeben werden, und, da auch das oft nicht möglich war, wenigstens ein Scheinpfand mit Bürgschaft. Dieses Scheinpfand ist das wadium oder die wadia, und dazu wurde die festuca genommen. Sie eignete sich ja auch vortrefflich hierzu: die Zahlung wurde auf das sacramentale Stäbchen versprochen, dieses selbst als Pfand gesetzt. So ist die wadia immer festuca, aber die festuca nicht immer wadia, z. B. nicht bei dem Aufsagen der Treue seitens der Unterthanen an den König. Ueberall da aber, wo sie als wadia figuriert, vorab im ganzen obligationenrechtlichen Verkehre, ist nun ihre Bedeutung diejenige eines formalen Requisites zur Rechtsbeständigkeit der Verpflichtung, sofern eine solche nicht schon durch Vorleistung oder Gegenleistung der anderen Partei entstanden ist, das fidem facere per festucam ist rechtsverbindliche Uebernahme einer Zahlung oder Leistung auf Grund einseitiger Verpflichtung.

Der festuca in diesem Sinne einer wadia, einer Behaftung für

künftige Erfüllung einer Zahlungspflicht, tritt nun als Gegenstück gegenüber die arrha in weitestem Sinne.

Der allgemeine Begriff von arrha ist in dem deutschen Worte „Haftgeld“ am besten ausgedrückt: es ist eine Behaftung der Partei, welche die arrha annimmt. Aber wobei wird man behaftet? Man ist heutzutage sofort geneigt zu antworten: bei einer eingegangenen Verpflichtung; der Dienstbote, der das Haftgeld nimmt, verpflichte sich dadurch zum Eintritt in den Dienst und Leistung der versprochenen Dienste, der Verkäufer, der die arrha nimmt, verpflichte sich zur Lieferung der verkauften Waare. Wäre dies schon im ältesten Rechte der Fall gewesen, so hätte die arrha die gleiche Function gehabt wie die wadia (festuca), und es wäre also auf das gleiche herausgekommen, ob derjenige, welcher sich verpflichten wollte, die festuca (wadia) an die Gegenpartei gegeben oder die arrha von ihr angenommen hätte; was der Käufer durch Reichung der arrha an den Verkäufer erlangte, hätte er ebensogut durch Annahme der festuca von ihm sich gesichert. Davon ist nun aber nach den alten Quellen keine Rede: bei keiner einzigen Auflässung von Grundstücken, bei keinem einzigen Leistungs- oder Zahlungsversprechen irgend welcher Art und aus irgend welchem Grunde lässt sich der Schuldner durch Empfang der arrha behaften, sondern giebt er seinerseits die festuca. Die durch arrha eintretende Behaftung muss also auf etwas anderes gehen als auf künftige Erfüllung einer Verpflichtung.

Die Verschiedenheit ergiebt sich uns am deutlichsten, wenn wir folgende zwei Fälle neben einander stellen: wenn einer, der gerichtlich oder aussergerichtlich Ansprüche auf ein im Besitz eines andern befindliches Grundstück erhoben und verfolgt hat, sich zu einem Verzichte auf seine Ansprüche herbeilässt, so wird er bei diesem Verzichte rechtlich erst durch Annahme des Verzichtpfennigs (arrha) behaftet, wie wir bald sehen werden. Dagegen wenn er ein bisher in seinem Eigenthum und Besitz gestandenes Gut einem andern überträgt und auflässt, verzichtet er auf künftige Anfechtung durch Hingabe der festuca. Scheinbar handelt es sich hier beidemale um dasselbe: Verzicht auf ein Recht; aber in Wirklichkeit sind es juristisch verschiedene Vorgänge, wie sie die Urkunde bei Erhard, Reg. Westf. II 266 Nr 589 sehr klar aus einander hält:

Ego renuntio querele sive ansprake, quam hactenus habui super bonis in Unkincthorp, nulli tamen quicquam vendens, nulli quicquam resignans, neque de aliqua re vel bono ulli warandiam faciens, sed tantummodo querele vel ansprake renuncians.

Das ist der Gegensatz: arrha empfängt man für Aufgeben eines

Rechtes ohne weitere Verpflichtung und Garantie, festuca giebt man für Erfüllung einer übernommenen Pflicht und Garantie; arrha bedeutet Behaftung bei der einfachen Preisgabe eines Rechtes, festuca Behaftung bei der Erfüllung einer Verpflichtung. Darum giebt, wer einen Klaganspruch auf ein Gut fallen lässt, keine festuca, weil er damit keineswegs die Garantie des Besitzstandes des Gegners auf sich nehmen will, während der Auflassende für diese Währschaft, zu der er verpflichtet ist, die festuca giebt[8].

Das muss sich nun an den einzelnen Fällen, in denen arrha gegeben wird, bestätigen. Der Hauptfall ist derjenige, in welchem das langobardische Launechild zur Verwendung kommt, denn Launechild ist nichts anderes als das deutsche Wort für arrha. Die Verwendung des Launegild ist eine sehr mannigfaltige, Val de Lièvre[9] hat die Belege zusammengestellt, wonach für Verzicht auf Liegenschaften, Gestattung eines Wegrechtes, Nachlass verwirkter Bussen, Verzicht auf Strafklage wegen Verbrechens u. s. f. das Launegild in Empfang genommen wird. Sieht man sich die bezüglichen Urkunden genauer an, so springt in die Augen, dass wie in der obigen westfälischen Renunciation der Launegildempfänger eben schlechtweg auf ein Recht verzichtet ohne irgend welche Garantieverpflichtung. Das tritt besonders deutlich in demjenigen Geschäfte zu Tage, das als der Hauptsitz des Launegilds figuriert: der Schenkung. Launechild suscipere gehört ja geradezu zur Rechtsbeständigkeit der Schenkung und de donatione sine launechild minime stare debet (Ed. Liutpr. 43. 73). Eine Besonderheit der Schenkung ist das Launegild nicht, aber allerdings tritt seine Nothwendigkeit bei ihr besonders bestimmt hervor, weil, wie wir schliesslich sehen werden, der ursprüngliche Sinn der arrha darin liegt, durch ein Scheingeld, einen Scheinpreis, einem Akte reiner Liberalität, der als solcher dem Rechtsgebiete von Haus aus fremd ist, den Charakter eines Rechtsgeschäftes zu verschaffen, die Schenkung aber die allerunzweifelhafteste Freigebigkeitshandlung ist.

Zunächst hieran schliessen sich nun eben die Fälle von Verzichten auf Klagansprüche gegen Empfang einer arrha. Dass es sich rechtlich um dasselbe handelt, zeigt die langobardische Praxis, welche

---

[8] So ist auch in Hist. Frising. 124 und 349 nicht, wie Loening, Vertragsbruch S 73 annimmt, das wadium als arrha zu denken, sondern ist wirkliches wadium (festuca) für die auf den Fall der Anfechtung gesetzte Conventionalstrafe von 30, bez. 40 solidi.

[9] Launegild und Wadia S 21 ff.

für solche Verzichte Launegild geben lässt[10]. Hier nun Beispiele aus Deutschland.

Cod. dipl. Anhalt. I Nr 411 (v. J. 1155): Hathemar von Bendeleben hatte dem Kloster Leupoldsberg Güter streitig gemacht, sich aber durch Zahlung von 10 Talenten zum Verzicht auf seine Ansprüche bewegen lassen. Dann kommen die Parteien vor das Gericht des Markgrafen Albrecht, et nos (der Probst des Klosters) unum denarium perfecte reconciliationis intuitu, hoc est ut vulgo dixerimus unam thurchsone, filio Hathemari tradidimus, a quo nos quoque bonis eisdem more gentis illius ab eis ore, digito culmoque usquequaque projectis unam ut iterum sic vulgo dixerimus rechtecheware recepimus.

Hier kreuzt sich beides, arrha und calamus (festuca), jene für den Verzicht empfangen, diese für die Garantie gegeben. Nur ist zu bemerken, dass das Sühngeld, die thurchsone, in diesem Falle wohl formaler Luxus war, weil durch Zahlung der 10 Talente der Verzicht erkauft und dadurch schon der Verzichtende gebunden war. Noch mehr ist der ursprüngliche Sinn der Durchsühne abgeschwächt in

NR. UB. I 414 (v. J. 1166): Zwei Schwestern gelangen nach heftigem Erbschaftsstreite zu einer Theilung und jede lässt der andern den ihr an Liegenschaften zugefallenen Antheil auf. Tunc H. ex consueta pietatis liberalitate et ut reconciliatio hec permaneret indissolubilis et diffinitissima, que vulgo dicitur dursuna, de portione que ipsam contigerat, sorori sue superaddidit allodium.

Wenn auch verhüllt, steckt doch darin die Behaftung der die Durchsühne empfangenden Schwester bei dem jetzigen Verzichte, denn sie war es, die eine frühere Theilung umgestossen hatte, von ihr mochte neue Störung befürchtet werden. In gleicher Weise abgeschwächt ist die alte Bedeutung dieses Sühnpfennigs in

NR. UB. I 377 (v. J. 1153): insuper (ausser fünf Mark) unicuique heredum (welche auf Anfechtung einer Schenkung ihrer Eltern verzichten) datus est denarius in manus et osculum in ore in signum pacis[11].

Interessant dagegen als Beispiel einer arrha in obigem Sinne Grimm, Weisth. II 533 Z. 4 v. u. (Niederprüm). Wer ein Gut ver-

---

[10] Cod. Cav. II Nr 288 S 96. Cod. dipl. Langob. Nr 485. Lib. Pap. form. 3 ad Roth. 143.

[11] Vgl. auch die sex denarii pro concessione in Schröder und Lörsch, Urkunden Nr 98.

kauft, soll es mit Mund und Halm (festuca) übertragen, und der Erwerber soll der Frau des Veräusserers einen Verzichtpfennig in den Busen stecken und jedem der Kinder einen geben[12].

Frau und Kinder verzichten eben blos auf ihren Anspruch, lassen aber nicht mit auf und übernehmen keine Währschaftspflicht[13].

Was bei dem Launegild kaum zweifelhaft sein kann, darf wohl auch bei diesem Sühn- oder Verzichtpfennig angenommen werden: es ist ein Scheinpreis für einen Akt reiner Liberalität zu dem Zweck, ihn im Rechte unterzubringen und als Rechtsakt giltig zu machen. Denn es liegt im Geiste eines einfachen und unentwickelten Rechtes, dass eine blosse Freigebigkeitshandlung dem Rechte fremd ist und einer bestimmten Rechtsform bedarf, um aus der Willkür des frei beweglichen Wohlwollens herausgehoben und auf das Rechtsgebiet versetzt zu werden. Diese Form trägt den Schein einer Gegenleistung und stellt dadurch auf beiden Seiten den rechtlichen Willensausdruck her. So lange diese Gegenleistung nicht gegeben ist, besteht kein Zwang für den Freigebigen, seine Wohlthat zu halten. Doch möchte ich nicht sagen, man habe die arrha als Fiction einer Gegenleistung in dem Sinne aufgefasst, dass eigentlich streng genommen Kauf, Tausch oder dergleichen hätte stattfinden müssen und das Recht sich mit dem Scheine statt der Wirklichkeit habe abfinden lassen, sondern der Gedanke war der: das Geschäft, das von Haus aus rein sittlichen

[12] Ebenso das. S 537 Z. 19 v. o., S 544 Z. 1 v. o. UB. des Landes ob der Enns III Nr 9.

[13] In Erhard, Reg. Westf. II Nr 241 ist das Talent, das für Verzicht auf gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs empfangen wird, auch wohl eher arrha als wirkliche Abfindungssumme. So auch der pacho, d. h. der porcus saginatus, der in Hist. Frising. 159 für einen Verzicht verlangt wird: Si non donas mihi unum pachonem, nihil est firmum inter nos. Jussit igitur episcopus donare ei illum pachonem et uterque manus posuit super ipsum, et pacificati sunt eo modo. Der für die Freilassung überreichte Denar ist wohl auch eine arrha, ob auch der Ring bei Eheschluss, lasse ich dahingestellt. Später ist der Grundgedanke durch vielfache Verzweigungen ausgeartet und oft entstellt; so vergleiche man etwa folgende unter sich sehr verschiedene Fälle, die ich auch noch als Auswüchse desselben betrachte: Trad. Garst., UB. des Landes ob der Enns I Nr 140: abbas in stabilimentum testamenti singulis testibus obtulit denarium, quatenus spe celestis denarii veritatem semper defendant; ib. Nr 197: pacto maritus cum filiis consensit accepitque jus venditionis quinque denarios et parvulorum quisque duos. Pez, Thesaurus I 31: tradidit predium eo pacto ut nunquam beneficium alicuius fieret, alioquin proximus heres posito super altare uno bizantio illud haberet. Vielleicht auch Böhmer, C. d. Francof. 35: Fridericus lite resuscitata in causa cecidit. Quamobrem Nicolaus superpellicium suum scabinis pro jure suo porrigens secundam ab eis recepit confirmationem.

Impulsen folgt, soll als Rechtsgeschäft gekennzeichnet werden, der Wille, der bisher blos unter den veränderlichen Eindrücken der Zuneigung gestanden, soll sich als Rechtswille manifestieren, und zu diesem Behufe entlehnt er bei dem Rechte eine Form, welche dem Schenker wie dem Beschenkten zum Bewusstsein bringt, dass das Geschäft als Rechtsgeschäft gemeint und unabänderlich abgeschlossen ist.

Nun fragt sich noch, ob sich dieses Ergebnis auch bei denjenigen Fällen der arrha, die wir als die Hauptfälle zu betrachten gewohnt sind, bestätige: bei der arrha des Käufers und des Miethers. Wo bleibt da das reine Aufgeben eines Rechtes ohne weitere Verpflichtung oder sogar noch mit dem Charakter der Freigebigkeit? — Es ist vor allem zu untersuchen, wofür denn eigentlich bei Kauf und Miethe die arrha gegeben wurde, und darüber ertheilt uns in erwünschtester Weise Auskunft eine Stelle, die eben darum sich die verschiedensten Interpolationen muss gefallen lassen, weil man jene Bedeutung der arrha nicht mehr versteht:

Lex Wisig. V 4, 4: Qui arras pro quacunque re acceperit, id cogatur implere quod placuit. Emptor vero si . . . ad constitutum diem nec ipse successerit, nec pro se dirigere voluerit, arras tantummodo recipiat quas dedit et res definita non valeat.

Um in dieser Stelle zu finden, dass „nach Ueberlieferung der arrha jeder den Vertrag erfüllen muss“, hat man oft emendiert: arras non recipiat et res definita valeat[14]. Hinwieder um aus der Stelle herauszulesen, dass „die Reue auch nach der Bestärkung des geschlossenen Kaufs durch die arrha noch zulässig war, die Freiheit aber erkauft, der Wandel gebüsst werden musste“, interpoliert Siegel[15]: arras non recipiât et res definita non valeat. Bleiben wir aber dabei, wie es steht: arras recipiat et res non valeat, so ergiebt sich ein anderer Gesichtspunkt: durch die Annahme der arrha verpflichtet sich der Verkäufer nicht, den Verkaufvertrag zu halten, also die Waare unter allen Umständen zu liefern, Währschaft zu leisten u. s. w.; diese Verpflichtung entsteht für ihn einzig und allein aus der Zahlung des wirklichen Kaufpreises seitens des Käufers und erst mit diesem Augenblicke, daher wo Lieferung der Waare vor Zahlung des Kaufpreises erfolgen soll, der Käufer nicht durch Geben der arrha dieses bewirkt, sondern es sich vom Verkäufer durch die festuca muss

---

[14] Vgl. Stobbe, Vertragsrecht S 54. Dagegen ders., Reurecht, in Z f. RG XIII 224.

[15] Versprechen als Verpflichtungsgrund S 33 Anm 17.

versprechen lassen. Die arrha — das geht aus unserer Stelle deutlich hervor — bezweckt blos, den Verkäufer dabei zu behaften, dass er die Sache nicht anderweitig veräussere, sie ist die Gegenleistung für den Verzicht auf das Verfügungsrecht über die Sache bis zum festgesetzten Zahlungstermine. Ob aber der Verkäufer an diesem Termine die Sache wirklich liefern muss, ist trotz Annahme der arrha noch ganz unentschieden, das hängt davon ab, ob der Käufer dann den Kaufpreis anbieten kann. Mit Versäumung des Zahlungstermins durch den Käufer ist der Verkäufer wieder zur Veräusserungsfreiheit gelangt, sein Verzicht auf anderweitige Verfügung dahingefallen, darum giebt er auch die arrha zurück. Dass der Käufer ebensowenig wie der Verkäufer durch die arrha gebunden ist, den Vertrag zu erfüllen, ist noch klarer, bekommt er doch sogar die arrha zurück, wenn er den Termin verpasst; soll er dem Verkäufer zu Haltung des Kaufvertrags gebunden werden, so muss er ihm auch den Kaufpreis per festucam wadieren, wofür wir ja manche urkundliche Belege haben.

So wird denn ursprünglich auch das Haftgeld bei Miethe keinen andern Sinn gehabt haben, als dass durch Annahme desselben der Hauseigenthümer auf anderweitige Verfügung über das Haus, der Dienstbote auf anderweitiges Dienstaufsuchen verzichtete.

In dieser Weise hält das alte Recht wadia (festuca) und arrha sicher und rein aus einander, selbst wo beide in demselben Rechtsgeschäfte vereinigt vorkommen. So wird in Cod. Cav. II Nr 288 (v. J. 976) ein Streit über den Nachlass einer Frau zwischen dem Ehemann und dem Bruder derselben durch Vergleich erledigt. Der Bruder giebt dem Ehemann die Fahrnis der Frau heraus und verpflichtet sich durch wadia ihn gegen alle fremden Ansprüche zu gewährleisten, und der Ehemann verzichtet auf jeden Anspruch an die Liegenschaften und das Uebrige und empfängt dafür das Launegild. Noch drastischer ist Cod. dipl. Langob. Nr 485 (v. J. 919), wo Rotger das an gewissen Gütern beanspruchte Recht zu Gunsten des Baderich gegen Launegild fallen lässt und dann noch per festucam cessit casis et rebus: das erstere ist Verzicht auf Anspruch und Klagrecht (causatio), das zweite Auflassung mit Garantie.

Kehren wir zum Schlusse zu der festuca zurück: durch ihre Verwendung als wadia wurde sie fähig, eine neue Function zu erfüllen, sie konnte zum Beweismittel für die Schuldverpflichtung erhoben werden. Das war sie ursprünglich nicht, so lange sie *nur* festuca war, aber sie konnte diese Eigenschaft erlangen, sobald sie als wadia verwendet wurde. Denn die wadia diente dem Gläubiger doch auch zur

Legitimation gegenüber dem Schuldner behufs der Execution, und zu gleichem Zwecke übergab sie der Gläubiger dem Bürgen, weil dieser als mediator die Execution gegen den Hauptschuldner durchführen musste. Zu diesem Behufe musste aber das Stäbchen doch wohl individualisiert, als das wirklich vom Schuldner gegebene erkennbar gemacht werden, und diesem Zwecke wurden die Einschnitte auf dem Stäbchen dienstbar. Nicht mehr in runenhaft-heidnischer Weise wurden Zeichen, die jetzt unverständlich geblieben wären, eingeschnitten, sondern Zahlen und sonst als Beleg der geschuldeten Summe dienliche Zeichen, und das Hölzchen wurde zumal bei zweiseitigen Verträgen mitten durch die Einschnitte entzwei gebrochen und jede Partei erhielt ihren Theil, wie Isidor Orig. 4, 24 berichtet: Stipulatio a stipula, veteres enim quando sibi aliquid promittebant stipulam tenentes frangebant, quam iterum jungentes sponsiones suas agnoscebant. So entwickelte sich aus der festuca mit Abstreifung alles dessen, was ursprünglich ihre Bedeutung ausgemacht hatte, ein reines Beweismittel, das Kerbholz. Sie erfüllt dadurch in denjenigen Kreisen, in denen die schriftliche Beurkundung der Rechtsgeschäfte nicht leicht Eingang finden konnte, die Aufgabe, welche anderwärts die Urkunde gelöst hat. Aber auch die Urkunde ist nicht von Anfang an als Beweismittel in das deutsche Rechtsleben eingetreten. Sie zeigt vielmehr zuerst eine so grosse Verwandtschaft mit der wadia, dass geradezu die Frage hat gestellt werden können, ob sie nicht als wadia sei verwendet worden. Das soll uns zum Schlusse noch kurz beschäftigen.

§ 19. d. Die Urkunde.

Grundlegend sind hier die Arbeiten von H. Brunner: Das Gerichtszeugnis und die fränkische Königsurkunde (in den Festgaben für Heffter). — Carta und Notitia (Festgabe für Mommsen). — Zur Geschichte der Inhaberpapiere in Deutschland, in Goldschmidts Z f. HR XXII. — Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde. Berlin 1880. — Vgl. auch Franken, Das französische Pfandrecht im Mittelalter § 18. — Ficker, Beiträge zur Urkundenlehre, streift höchstens I § 41—69 hie und da die hier ins Auge gefassten Fragen.

Mit überlegener Gewalt hat sich das römische Urkundenwesen dem deutschen Rechtsleben aufgedrängt, obschon es der Masse des Volkes unsympathisch und selbst unheimlich gewesen ist. Denn in dem Rechtsverkehre eines Volkes, das vom geringsten Knechte bis hinauf zum grossen Kaiser Karl des Lesens wie des Schreibens unkundig ist, hat die Urkunde eine schwierige Stellung und stehen ihrer Aufnahme in die Rechtspraxis die verschiedenartigsten Hindernisse entgegen: vor allem die Schranke eines fast unüberwindlichen Misstrauens

gegen alles Geschriebene, das man fürchtet, weil man ihm wehrlos gegenübersteht und es nicht controlieren kann. Für uns Moderne ist die Urkunde ein ganz anderes Ding als für den der Schrift ohne Verständnis gegenüberstehenden Germanen. Wir schreiben die Schuldscheine u. dgl., die wir ausstellen, selbst, oder wir unterschreiben sie wenigstens selbst, nachdem wir sie gelesen haben; so sind wir der Sache mächtig und wissen, dass genau nur das, was wir wollen, geschrieben oder unterschrieben ist, die Urkunde ist uns kein geheimnisvolles Wesen mehr. Wie ganz anders war das alles, als nach der Völkerwanderung die Zumuthung an die Deutschen herantrat, die Urkunde in ihr Rechtsleben aufzunehmen. Der Veräusserer eines Gutes, der Empfänger eines Darlehns konnte den Kaufbrief, den Schuldschein (cautio), welcher doch in seinem Namen ausgestellt wurde, nicht selber schreiben, nicht einmal lesen, er musste auf Treu und Glauben sein Kreuz darunter malen. Daher konnte noch am Anfange des 12. Jahrhunderts ein Vogt der Abtei Prüm, als er vor König Heinrich IV. mit diesem Kloster wegen bestrittener Vogteirechte prozessierte, gegen ein von der Abtei produciertes Privileg Pippins höhnen, schreiben könne ein Beliebiger was ihm in Sinn komme[1]; so war es noch im späteren Mittelalter fast sprichwörtliche Redensart, dass wie es in Konrads von Würzburg Schwanritter Vers 571 heisst:

man schribet an ein permint sleht
swes man geruochet unde gert.

Man kann sich denken, wie lebhaft dies in den ersten Jahrhunderten empfunden wurde, mit welchem Misstrauen das gemeine Volk in fränkischer Zeit die Urkunden aufnahm.

Am leichtesten konnte man sich mit derjenigen Art von Urkunden abfinden, welche unter dem Namen der notitiae (brevia, memoratoria) in grosser Zahl ausgefertigt wurden. Es sind „schlichte Beweisurkunden" (Brunner), welche einen Bericht über einen gerichtlichen oder aussergerichtlichen Akt enthalten, so die vom Gerichte ausgestellten notitiae über ein von ihm gefälltes Urtheil, die Verbalprozesse über Besitzergreifung erworbener Güter, die Memoratorien über Verkäufe, Schenkungen und andere Rechtsgeschäfte. Die letzteren, auf die es uns hier einzig ankommt, erzählen kurzweg, wie der und der (in dritter Person aufgeführte) Verkäufer, Schenker u. s. f. sein Gut dem und dem verkauft, geschenkt habe u. dgl., memoratorium qualiter ille vir venumdedit illi emtori praedium suum; der Aus-

---

[1] MR. UB. I 406: irridens testamenta, dicens quod penna cuiuslibet quelibet notare posset, non ideo suum jus amittere deberet.

steller oder der zur Abfassung den Auftrag Gebende ist nicht der Verkäufer, sondern der Käufer, und was daher der Urkunde einzig einen Werth giebt, ist die Aufführung der dabei zugegen gewesenen Zeugen, deren Namen dadurch für eine in allfälligem späteren Streite nöthig werdende Abhörung aufbewahrt werden. Denn die notitia beweist selbstverständlich an sich den Rechtsakt nicht, weil sie einseitig von dem Erwerber des Rechtes über die betreffende rechtsbegründende Thatsache aufgenommen ist.

Eine weitaus wichtigere Rolle als die notitia aber spielt im Urkundenwesen der fränkischen Zeit die zweite Art der Urkunde, welche sich als carta, cartula bezeichnet. Sie unterscheidet sich von jener schon äusserlich dadurch, dass derjenige, welcher durch dieselbe ein Recht aufgiebt oder eine Verpflichtung eingeht, also der Aussteller im Rechtssinne, sich selber als redend einführt: ego per hanc cartulam venditionis trado, per hanc cautionem ad prestitum beneficium accepi, per hoc vinculum cautionis spondeo prestitum reddituram u. dgl. Schon daraus ergiebt sich, dass sie für den Verkäufer, den Darlehnsschuldner u. s. w. eine grössere Bedeutung haben musste als eine notitia, welche der Käufer, der Darleiher einseitig, ohne die Mitwirkung der Gegenpartei, ausfertigen liess. Und zwar liegt der rechtliche Werth der carta darin, dass durch sie das betreffende Rechtsgeschäft vollzogen wird. Das war keine neue Erfindung, es fand sich in dem spätrömischen Urkundenwesen schon vor und wurde aus diesem übernommen. Die carta ist also eine das Rechtsgeschäft perficierende dispositive Urkunde. Das ist so zu verstehen: der Veräusserer eines Grundstücks konnte das Eigenthum daran in den altnationalen Formen der Sale und der Vestitura übertragen, er konnte aber jetzt auch vermittelst der Urkunde, per cartam venditionis, die Eigenthumsübertragung vollziehen, und die traditio per cartam bewirkte den Eigenthumsübergang, gleichwie es sonst die Sale gethan hatte. Oder: ein Darlehnsvertrag und die Schuldpflicht des Entlehners entstand durch die Auszahlung der Dahrlehenssumme vom Darleiher an den Entlehner, durch Ausstellung einer cautio aber verpflichtete sich der Schuldner unabhängig von der Vorleistung. Darum war auch die traditio cartae ein formalistischer Akt. Die Urkunde musste von dem Aussteller an den Destinatär feierlich begeben werden. Man darf den Grund der rechtsförmlichen Begebung der carta nicht schlechtweg darin finden, dass die Beziehung des Ausstellers zu der Urkunde auf irgend eine Weise musste hergestellt werden, und, weil er sie nicht, wie das heutzutage geschieht, selbst schreiben oder doch unterzeichnen konnte, er einen formalen Auftrag zu deren Aus-

fertigung ertheilen und die ausgefertigte Urkunde förmlich übergeben musste; denn mit diesem Motive wäre der Charakter der carta als einer dispositiven Urkunde noch nicht erklärt. Es bestand aber der Akt der Begebung der Urkunde darin, dass der Aussteller das noch unbeschriebene Pergamentblatt anfasste, bei Liegenschaftstradition (wenigstens nach fränkischem Brauche) vom Boden aufhob (cartam de terra levare), die Zeugen aufforderte, es ebenfalls mit anzufassen, es dem Notar zur Ausfertigung der Schrift übergab und nach geschehener Aufzeichnung dem Destinatär überreichte.

Damit ist nun allerdings eine Aehnlichkeit zwischen der Begebung der carta und der Darreichung der wadia (festuca) hergestellt, so dass man sagen kann, „das Pergament spiele bei dem Geschäftsabschlusse dieselbe Rolle wie die wadia bei dem Wettvertrage“ [2], wenn man das dahin versteht, dass, wie für einseitige Zahlungsversprechen die wadia die rechtsbegründende Form war, so die carta überall, wo sie zur Verwendung kam, aus sich selbst das Rechtsgeschäft vollzog. Aber man hat in neuerer Zeit diese Aehnlichkeit bis zur Identität gesteigert und die Urkunde geradezu als wadia bezeichnet, in dem Sinne, dass sie schlechthin die wichtigste Gestalt der ausserprozessualen wadia sein sollte, wie Franken[3] behauptete und näher dahin erläuterte, dass das Pfand, die wadia, einmal auf die schiefe Ebene der Verflüchtigung des Pfandsubstrats gelangt, schliesslich beim absolut Werthlosen angekommen und als solches das Blatt Papier gleich dem Stückchen Holz zweckdienlich gewesen sei. Vorsichtiger drückte sich Brunner[4] dahin aus, dass die carta in Bezug auf die Perfection von Verträgen als Ersatz der wadia dienen konnte.

Will man etwelcher Phantasie Spielraum lassen, so könnte man die Gleichheit von Urkunde und wadia, das Aufgehen der wadia in der Urkunde, eher als auf dem von Franken angedeuteten Wege so erklären, dass (gemäss dem im Eingange dieses Paragraphen Bemerkten) der Deutsche die Urkunde als etwas Geheimnisvolles, fast als ein Zauberding aufgenommen habe und daher mit ihr im Rechtsverkehre umgegangen sei wie mit dem geheimnisvoll zauberhaften Runenstäbchen, so dass die Begebung der Urkunde mit dem Zuwerfen der festuca gleicher Bedeutung gewesen wäre. Aber es wäre müssig, solchen Gedanken weiter nachzugehen, trotz dem trajicere

[2] So Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde S 99.
[3] Französisches Pfandrecht im Mittelalter S 241 f.
[4] Goldschmidts Z f. HR XXII 552 und Rechtsgeschichte der Urkunde S 66 Anm 1.

cartam in rätischen Urkunden[5], nicht nur wegen der doch schon im römischen Rechte vorhandenen Grundlage dieses Rechtsbestandes, sondern hauptsächlich darum, weil meines Erachtens nicht zu verkennen ist, dass in der Blüthezeit der Wadiation, d. h. solange als die festuca noch das wirklich rechtsbegründende Moment, nicht blosses Beweismittel war, die carta nicht statt der festuca ist als wadia verwendet worden, als womit die Auffassung der Urkunde als einer species der wadia unhaltbar erscheint. Bei der Eigenthumsübertragung an Liegenschaften tritt die traditio cartae blos an die Stelle der Sale, ersetzt aber keineswegs die Auflassung, welche per festucam geschah und auch fernerhin in dieser Form erfolgte. Die fränkischen Traditionsurkunden führen immer beides auf: nachdem per cartam tradiert worden, wird noch per festucam resigniert. Im zweiten Hauptanwendungsfalle der wadia, dem Zahlungsversprechen für Delictsbussen, Conventionalstrafen, Bürgschaften u. dgl., sind ebensowenig Beispiele für Ersatz der festuca durch die Urkunde zu finden; die hierüber ergiebigen Urkundenbücher wie der Cod. Cavensis lassen nie per cartam se obligare, sondern wadiam dare, und wo in einer Urkunde eine Busse oder Conventionalstrafe festgesetzt wird, muss solche doch, um exequierbar zu werden, noch durch Wadiation hindurchgehen, wie z. B. der Prozess bei Ficker, Forschungen zur Rechtsgeschichte Italiens IV Nr 8 zeigt. Da, wo die Wadiation zur Rechtsgiltigkeit des Geschäfts nothwendig war, ist die Urkunde, so viel ich sehe, gerade nicht als Ersatz eingedrungen. Wir können mit Sicherheit nur sagen: die carta spielt auf dem ausserhalb der Wadiation liegenden rechtsgeschäftlichen Gebiete eine gleiche Rolle wie die wadia bei den wadiationsbedürftigen Rechtsgeschäften. Auch äusserliche Gleichheiten bestehen, wie z. B. die, dass der Darlehnsschuldner blos gegen Rückgabe der cautio und der Wadiationsschuldner blos gegen Vorweisung der wadia zu zahlen verpflichtet ist.

Erst in der nachfränkischen Zeit und zum Theil im späteren Mittelalter ist eine Annäherung und wenn man will juristische Identificierung von wadia und carta erfolgt, aber nicht auf dem Boden des alten Formalrechtes, sondern auf der Basis des neuen Beweisrechts. Der Wadiationsakt nämlich verflüchtigt sich später in Handschlag und auf Treue gegebenes Wort[6] und die festuca fällt entweder ganz weg

---

[5] Brunner, Zur Rechtsgeschichte der Urkunde S 304.

[6] Vgl. unten die Darstellung im Obligationenrecht; vorläufig: Consuetud. Mediolanenses 1216 ed. Berlan S 32: tale est dicere guadiam dedit, quale est dicere promisit.

oder, wo sie noch im Gebrauch bleibt, wird sie reines Beweismittel als Kerbholz, wie schon oben erwähnt. Zu derselben Zeit sehen wir die Begebung der carta mehr und mehr im Rückgange begriffen, sei es darum, weil die alten volksrechtlichen Vertragsformen, denen sie in der fränkischen Periode concurrierend zur Seite getreten war, sie wieder mögen zurückgedrängt haben[7], sei es, was eher annehmbar scheint, weil der Sinn für streng formales Wesen sich abschwächte. Während aber die traditio cartae als Formalakt in Abgang kommt, entwickelt sich der Werth der Urkunde als eines Beweismittels. Die carta ist zwar immer auch schon Beweismittel gewesen, aber doch zur fränkischen Zeit in viel secundärerer Weise als später. Nur die nicht als falsch angefochtene Urkunde war in ihrem Inhalt als beweiskräftig anerkannt; wenn aber der Gegner des Urkundeninhabers die carta als gefälscht anfocht, so wurde nicht der Beweis der Echtheit erhoben und nach dessen Gelingen der Inhalt der Urkunde als wahr angenommen, sondern die Wahrheit des Inhalts musste durch den Schreiber und die Urkundszeugen eidlich festgestellt werden[8].

Als die Begebung der carta mit ihrer formellen Kraft in Abnahme kam, scheint der Gebrauch der Urkunde zunächst zurückgetreten zu sein, weil sie nun überhaupt wenig leistungsfähig geworden war, ihr Hauptwerth, die Bezugnahme auf die Zeugen, durch die sie allein wirksam wurde, auch sonst zu erreichen war. Erst dann steigerte sich der Gebrauch der Urkunde wieder, als ihr Charakter als Beweismittel mehr ausgebildet wurde, wozu namentlich auch die Beglaubigung der Echtheit durch Siegelung beitrug[9]. Auf ihre Beweiskraft wird jetzt das Hauptgewicht gelegt, sie soll nicht das Rechtsgeschäft selbst begründen, sondern nur zur grösseren Sicherheit dienen, nur ob futuram cautelam, licet contractus per se stabilis sit et firmus[10].

Jetzt, da festuca und Urkunde beide einen juristischen Werth überhaupt nur noch als Beweismittel haben, zeigt sich auch vielfach in früher unbekannter Weise eine gleiche Behandlung. Wie die festuca als Kerbholz mitten durch die auf ihr eingeschnittene nota hindurch entzwei gebrochen wird, so schneidet man das Pergament,

---

[7] So Brunner, Carta und Notitia S 19.

[8] Näheres bei Brunner, Das Gerichtszeugnis und die fränkische Königsurkunde.

[9] Vgl. hierüber Ficker, Beiträge zur Urkundenlehre I 83 ff.

[10] Wirt. UB. II Nr 500.

auf welchem der Urkundentext doppelt, auf beiden Enden angefangen, niedergeschrieben ist, in der Mitte durch hingemalte Buchstaben und Zeichen hindurch entzwei und giebt jeder Partei ein Exemplar. So heisst es etwa: sub incisione cyrographi diximus annotari et ipsas incisiones sigillis abbatis et abbatisse sigillari et in singulis monasteriis singulas ad perpetuam memoriam reservari[11]. Der Ausdruck annotari müsste auffallend erscheinen, wenn er nicht durch die nota des Kerbholzes erklärt wäre. Und dass das Siegel, das immer als wesentlich zu dieser annotatio cirographi beigedruckt wird und mehr und mehr für die Urkunde das entscheidende Beglaubigungszeichen wird, von welchem die beweisende und damit behaftende Kraft der Urkunde abhängt[12], juristisch mit der nota der festuca nunmehr auf gleiche Linie gestellt ist, mag nicht angezweifelt werden[13].

---

[11] v. Wyss, Geschichte der Abtei Zürich, UB. Nr 64. Daselbst 67: incisione quinque vocalium annotantur; 69: cirographi incisione duximus annotandum. Reg. Westfal. (Erhard) II Nr 424: ne delegatio oblivioni traderetur, elegimus nos et W. abbas, cirographatis litteris auctorizare, ea conditione ut littere que nobis cederent, sigillo ecclesie, que vero abbati, nostro sigillo munite forent. MR. UB. I 557. 559. 568. Quellen von Köln (Ennen und Eckertz) I Nr 60. Auch sonst öfter. Das cirographum ist das zwischen die zwei Urkunden geschriebene und durchschnittene Zeichen; ursprünglich ist es das Handzeichen des Ausstellers, Hist. Fris. 22: manu propria ut potui caracteres cyrografu inchoando depinxi (Thassilo dux) coram judicibus atque optimatibus meis.

[12] Vgl. Kindlinger, Münster. Beiträge III 1 Nr 83: Nos fidejussores pro eisdem nos obligamus et presens scriptum una cum sigillis nostris rogavimus sigillari. Et nos quia sigilla non habemus, sigillis aliorum premissorum sigilla habentium esse volumus obligati.

[13] Franken, Französ. Pfandrecht im Mittelalter S 245 Anm 2.

Zweites Buch.

Die Rechtssubjecte.

---

§ 20. Vorbemerkung. Munt und Gewere als Ausdruck der Scheidung von Rechtssubject und Rechtsobject.

Man hat das Recht oft und gern einen Machtbegriff genannt; so viel Richtiges und Unrichtiges man darunter verstehen kann, darin trifft der Ausdruck zu, dass alles Recht auf dem Boden der Macht oder der Gewalt (im Sinne von potestas, nicht von vis) erwächst, indem es die im Zusammenleben der Menschen erzeugten Machtverhältnisse zunächst selbst normiert und sie eben dadurch sichert und zugleich begrenzt. Im deutschen Privatrechte ist dieser Gewaltbegriff, dessen Unterwerfung unter das Recht den Anfang aller Rechtsordnung bezeichnet, der Begriff der Munt.

Mundium, sagen die alten Glossae Matr. 16 und Vatic. 64 zum langobardischen Edict[1], id est dominium. Hiebei vergegenwärtigen wir uns, was uns schon oben (S 33) ersichtlich geworden, dass der Sprachgebrauch des Mittelalters unter dominium nicht das Eigenthumsrecht an Sachen in streng civilistischem Sinne versteht, sondern damit die Herrschaft, die Gewalt bezeichnet. Und gehen wir auf seine Bedeutung in ältester Zeit zurück, so ist es dieselbe, welche Ulpian in l 195 § 2 D de V. S. 50, 16 dem Worte giebt, indem er sagt: pater familias appellatur, qui in domo dominium habet; es ist die Herrschaft, welche das Haupt des Hauses über sein Hauswesen und alles was darein gehört, ausübt.

Wie nun nach wohlbegründeter Ansicht das altrömische dominium, im ursprünglichen Sinne der Hausherrschaft, manus geheissen und alles dieser Herrschaft Unterworfene umfasst hat, so ist auch die Munt, das mundium, nichts anderes als manus, Hand. Das haben schon J. Grimm und W. Th. Kraut[2] wesentlich aus sprachlichen Gründen sicher gestellt[3]. Juristisch mindestens ebenso entscheidend wie diese

---

[1] Pertz IV 651. 655.

[2] Grimm, RA S 447. Kraut, Vormundschaft I 4 f.

[3] Ausser den bei jenen Schriftstellern citierten Belegen vgl. Heliand, hsg. Heyne V. 5933, wo es bei der Begegnung des Auferstandenen mit der Maria

Gründe ist die Verwendung des Ausdruckes Hand in der Rechtssprache, und die der Hand zugewiesene eminente Rolle in der Plastik der Rechtssymbolik bei allen Herrschaftsverhältnissen, bei Commendation in fremde Gewalt wie bei Tradition eines Gutes. Dazu nehme man gerade aus dem Rechtsquellengebiete, für welches die neuerlichen Zweifel erhoben sind, Stellen wie

Ed. Roth. 186: Mulier licentiam habeat elegendum, qui mundium eius in potestatem debeat habere, vult ad patrem, vult ad fratrem, vult ad manum regia.

Liutpr. 9: Si quis servum suum aut ancillam in manum regis dederit et ipse princeps eos liberos dimiserit, permaneant liberi. Et qui mundium de ipsa libera a principe expetierit etc.

Liutpr. 121: Et ipsa persona dit ei in manu. Puplicus deveat dare eos in manu mariti eius.



Besonders bestimmt liegt das Gewaltverhältnis in der manus potestativa (manu potestativa tradere) und der manus vestita ausgedrückt. Denn die manus vestita ist die mit dem Handschuh bekleidete, bewehrte Hand, die Hand, über die der Fechthandschuh, wanto, gestülpt oder die mit der Fechtbinde, dem wandilanc, andelang, umwickelt und zu Schutz und Trutz gerüstet ist.

In den ältesten Quellen ist noch vielfach von manus vestita über Grundstücke die Rede, was später aufhört.

Bréquigny-Pardessus, Dipl. Nr 404 (v. J. 685): es wird geschenkt undecunque manu vestita habuimus.

Das. Nr 440 (v. J. 697), auch K. Pertz, M. 70: nec de ipsa curte Bercharius mano vestita numquam habuisset.

Rozière 474: vestita manu in palatio reversus est in propria.

Pérard S 57 (v. J. 882): ad casa Dei pro wadio et wasono et pro epistola tradiderunt et Argaudo et Davido manu vestita fecerunt et per festucas wipaverunt.

MR. UB. I 22 (v. J. 770): Pippinus rex Dirodoino de ipsa silva manu vestita fecisset.

UB. St. Gallen 10 (v. J. 744): post meum discessum ipsas res manu vestita possedeant.

Magdalena heisst: welda ina mid irô mundon gripan; auch berücksichtigenswerth gegenüber dem immer wieder auftauchenden Zweifel, ob nicht wegen des d (statt t) doch ein Zusammenhang mit Mund = os bestehe (so auch wieder Bluhme, Die Mundschaft nach Langobardenrecht, in Z f. RG XI 376). Das andere aus dem Ausdruck sermo und verbum hergenommene Bedenken wird erst später zur Sprache kommen.

Lex Bai. App. IV texti primi (Pertz III 337): et vestita est illius manu cui tradidi.

Zu vergleichen Trad. Wizenburg. Nr 20: curtile quod habet Uto in manu sua.

Es erscheint mir unzulässig, hierin nur einen vulgären Sprachgebrauch ohne specifische juristische Bedeutung zu erblicken, etwa wie wir heutzutage sagen: zu Handen geben, in Händen haben; es ist kein Grund vorhanden, in dieser manus vestita nicht den Begriff der Munt, der Herrschaft des Hausherrn, zu erkennen. Damit ist gegeben, dass die Munt in ihrem ursprünglichen Sinne die Herrschaft über alles, was sich im Hauswesen befindet, bedeutet: Freie und Unfreie, Menschen und Thiere, Lebendiges und Lebloses. Ungesondert liegt in diesem weiten Begriffe der Munt anfangs noch beisammen, was erst allmählich, wenn auch schon in frühester historischer Zeit, als Gewalt über Personen und Herrschaft über Sachen von einander geschieden wird.

Denn jene eben mitgetheilten Stellen sind auch zugleich die letzten Ausläufer dieses einheitlichen Sprachgebrauches: schon seit dem 8. Jahrhundert bleibt Munt der Ausdruck für die Gewalt über freie und halbfreie Personen, während für Unfreie und Sachen in vestitura esse gesagt wird.

Den sprachlichen Uebergang und Zusammenhang zwischen manus vestita und vestitura weisen jene Stellen aus sächsischen Urkunden auf, welche von manus vestitura reden:

Wigand, Trad. Corb. § 357: jussit Esic comes illarum rerum fieri consignationem et manus vestituram.

Das. § 363: Insuper et manus vestituram ei inde fecit secundum morem Saxonice legis.

Das. § 456: Manus vestituram de ea fecit Bardoni comiti.

Man vergleiche dazu Hist. Frising. Nr 326 (v. J. 816): terram in manus illorum vestivit.

Und fränkisch noch v. J. 1252: Thomas (venditor) manum suam de ipsis (pratis venditis) devestivit (Metzer Cartular in der Nouv. Revue histor. de droit franç. et étr. 1880 Nr 5 S 612).

Vestitura oder investitura bedeutet den Akt der Bekleidung der Hand mit dem Handschuh, also der Einräumung der Herrschaft, dann aber (wie im Deutschen die von Zeitwörtern abgeleiteten Substantiva auf -ung) sofort auch den durch diese Handlung herbeigeführten Zustand der manus vestita, die wirklich bestehende Herrschaft; und weiter, sobald in Folge fester Ansiedelung diese Herrschaft eine räum-

lich begrenzte Unterlage gewonnen hat, heisst auch dieses örtliche Geltungsgebiet, Haus und Hof, selber vestitura.

Das deutsche Wort für vestitura ist Gewere[4]. Der ursprünglich einheitliche Herrschaftsbegriff der manus (vestita) ist fortan getheilt in die Munt über freie und halbfreie Personen und die Gewere über Unfreie und Sachen.

Die sprachliche Scheidung birgt eine tief gehende rechtliche Sonderung in sich.

Es gab eine Zeit, und gewichtige Reste ragen noch in die Geschichte herein, wo das Recht, wenn auch nicht die Sitte, die Herrschaft sogar über Weib und Kind derjenigen über die Sklaven gleichstellte: alles, was unter der Herrschaft des Hausvaters stand, war von Rechts wegen der freien Verfügung desselben anheim gegeben. Wäre es dabei geblieben, so kännten wir den mittelalterlichen Muntbegriff nicht und wären auch die eigenen Familienangehörigen als in vestitura befindlich, d. h. als Verkehrsobjecte, betrachtet worden. Denn alles, was der Gewere unterliegt, ist Vermögensobject und damit Gegenstand des Rechtsverkehres. Es bildet entweder selber eine Gewere (Liegenschaften) oder befindet sich in einer Gewere (Fahrnis), und indem es übertragen wird, ändert sich damit auch die Herrschaft über das Tradierte. Diesem Zustande am nächsten sind diejenigen Muntverhältnisse geblieben, welche eine persönlich sittliche Beziehung zwischen Herrn und Untergebenen nicht zur Geltung haben kommen lassen oder wieder von sich abgestossen und die vermögensrechtliche Seite einzig ausgebildet haben, wie das z. B. bei der Munt über kirchliche Anstalten bisweilen der Fall war; hier konnte die Herrschaft des Muntinhabers sogar leicht in eine Gewere übergehen. Als höhere Stufe erscheint der Zustand, wo zwar die der Munt Unterworfenen nicht selber Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs wurden, aber die Munt als Vermögens- und Verkehrsobject behandelt und übertragbar war, sodass an ihr selber wieder Gewere stattfand, wie das bei der über Hintersassen aller Art bestehenden Vogtei der Fall war, welche gleich einer Liegenschaft Gegenstand der Gewere und der dinglichen Rechte wurde, also zu Eigenthum übertragen, zu Leibzucht bestellt, zu Satzung gegeben werden konnte. Die letzte und höchste Stufe wurde da erreicht, wo die Munt völlig auf die Basis freier sittlicher Bande ge-

---

[4] Grimm, RA S 555. 602: wern, gothisch vasjan = vestire. Gewere als Uebersetzung von vestitura in Cap. v. 818 oder 819 c. 6 (Boretius I 282. 380) und C. d. Fuld. Nr 446 und 448: testes qui vestitionem viderunt und testes qui viderunt giweridam.

stellt wurde, wie das im Mittelalter auf dem Gebiete des engeren, eigentlichen Familienrechtes durchdrang; da galt auch nicht einmal mehr die Munt als Vermögensobject und Verkehrsgegenstand, und verschwand ihre Uebertragbarkeit durch Privatrechtsgeschäft.

Die Scheidung der Begriffe Munt und Gewere schliesst daher die Scheidung der Rechtssubjecte und der Rechtsobjecte in sich. Nicht nur der Inhaber der Munt, sondern auch wer unter Munt steht, ist Person, d. h. Rechtssubject. Was der Gewere unterliegt, ist Rechtsobject. Indem wir zunächst die Subjecte des Rechts betrachten, bietet sich sofort der Anlass, die Bedeutung der Munt von zusammenfassendem Gesichtspunkte aus zu erörtern.

Erster Abschnitt.

Physische Personen.

Erstes Kapitel.

Rechtsfähigkeit.

§ 21. I. Physische Erfordernisse.

Rechtsfähigkeit ist die Eigenschaft, als Rechtssubject, d. h. als Inhaber und Träger von Rechten auftreten zu können. Hiebei denkt man auf dem Gebiete des Privatrechtes, mit welchem wir uns hier befassen, zunächst blos an Vermögensrechte, versteht also unter Rechtssubject ein vermögens- und vermögensrechtsfähiges Subject. Man kann sich daran genügen lassen, indem die Rechte an der eigenen Person, wie Recht auf Leben, Freiheit, körperliche Integrität, sobald sie als Privatrechte verwerthet werden, den Charakter von Vermögensrechten annehmen, und z. B. derjenige, der sich in die Sklaverei eines Andern begiebt, juristisch einen gleichwerthigen Akt vollzieht, wie wenn er Haus und Hof verkauft, nämlich seine Freiheit, als materielles Gut gedacht, veräussert.

Das natürliche Rechtssubject ist der Mensch, weil ihm die ganze Erde unterthan, und somit auch alles Recht für ihn geschaffen ist, damit er die Erdengüter nach den Gesetzen des Rechtes geniesse und verwende. Nur dem lebendigen Menschen aber können die Erdengüter zu Gute kommen und rechtlich unterworfen werden, somit ist Rechtssubject der Mensch erst von dem Augenblicke an, da er lebt, und ist er es nicht mehr vom Momente seines Todes an. Selbständiges Leben beginnt mit der Geburt, der Trennung vom Mutterleibe, daher ist an diesen Akt die volle Rechtsfähigkeit geknüpft; aber schon vor der Geburt ist Leben vorhanden, und das Recht kann sich der

Aufgabe nicht entziehen, schon das Kind im Mutterleibe bezüglich der auf den Fall der Geburt ihm in sicherer Aussicht stehenden Rechte als Rechtssubject zu behandeln.

Diese Sätze sind dem deutschen Rechte so geläufig wie dem aller andern Culturvölker. Lebendige Geburt wird vielfach in den Quellen schlechtweg als Bedingung der Erbfähigkeit, einer Hauptäusserung der Rechtsfähigkeit, genannt, wie z. B. Ssp I 33 sagt: wirt dat kint levendich geborn, dat kint behalt des vader erve. Dieselbe Stelle zeigt die Fürsorge, die das Recht dem noch ungeborenen Kinde bezüglich der väterlichen Erbschaft gewährte, wie auch sonst etwa dem Kinde im Mutterleibe bei Veräusserung von Gütern sein Einspruchsrecht vorbehalten, bezw. für seine Einwilligung gebürgt wurde[1].

Die Quellen brauchen hie und da Ausdrücke, welche wohl zu der Annahme veranlasst haben, als sei zur Rechtsfähigkeit nicht blos lebendige Geburt, sondern Lebensfähigkeit erfordert worden. So sagt Ssp I 36 § 1, gewinne die Frau nach der Heirat, aber vor der rechten Zeit ein Kind, das leben möge, so sei es als zu früh geboren an seinem Rechte bescholten. Aber dieses „dat dat kint leven moge", ebenso wie in Art. 33 „dat it lifhaftich mochte wesen" will nur sagen, es müsse ein ausgetragenes Kind sein, wie es das Schwyzer Landrecht II 4 näher beschreibt: also gebildet, dass man an ihm kuntlich erkennen mag, ob es Haar, Haupt, Augen, Mund, Hände oder Füsse oder der Zeichen eines habe, oder ob es männlichen oder weiblichen Geschlechts sei[2]. Und so werden auch für den Beweis des Lebens die allerbescheidensten Leistungen des Neugeborenen verlangt, in der lex Alam. Chloth. 95 das aperire oculos et videre culmen domus, von der Offnung von Dürnten verdeutscht in „den firstbom gesehen"[3], in den sächsischen Quellen das bekannte „Beschreien der Wände", welches das Eisenacher Statut von 1670 I 4 Art. 7 noch zum Ueberfluss schlechthin als den Ausdruck für „leben" angiebt: „dass das Kind nach der Geburt gelebt, und das heisst die Wände beschreyen".

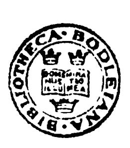
---

[1] UB. Westfalen (Seibertz) I Nr 177. Charakteristisch ist in einigen Weisthümern (Grimm II 533) und Urkunden (z. B. UB. des Landes ob der Enns III Nr 9), dass dem Kind im Mutterleibe zwar kein Consens vorbehalten wird, die Mutter aber für ihr Kind besondere Verzichtpfennige erhält oder geradezu für ihr Kind zugleich den Consens ertheilt (Mon. Bo. I 443 Nr 111). Im alten Rechte hatten Kinder in utero ein besonderes, wenn auch kleines Wergeld, und gleich ihnen Neugeborene vor der Namengebung, lex Sal. tit. 24 § 4, lex Alam. pactus II 31. Vgl. K. Maurer, Die Wasserweihe des germanischen Heidenthums, Abh. der bair. Akad. d. Wissensch. I. Cl. 15. Bd. III. Abth. S 57 f.

[2] Kothing, Das Landbuch von Schwyz S 129.

[3] Schauberg, Z f. schweiz. RQ I 47 Anm 5.

Etwas anderes, nicht unter die hier besprochene Frage Fallendes ist es, dass das alte Recht die körperlich Missgestalteten und Unvollkommenen vom Erbe ausschloss, wie der alterthümliche Reimspruch des Ssp I 4 lautet:



Uppe altvile unde uppe dverge
ne irstirft weder len noch erve,
noch uppe kropelkint;
sve denne de erven sint
unde ire nesten mage,
de solen se halden in irer plage[4].

Es ist zuzugeben, dass das einer völligen Rechtsunfähigkeit recht nahe kommt, wie sich das Ed. Roth. 176 sogar zu dem Ausdrucke versteigt: tamquam mortuus habetur. Aber so lange die Pflicht der Verwandten zu Pflege und Unterhalt aufgestellt ist, wie das in den betreffenden Quellen geschieht, ist doch immerhin eine Rechtsfähigkeit dieser armen Geschöpfe anerkannt, so schlimm es auch bei Verwahrlosung durch ihre Verwandten mit ihnen mag bestellt gewesen sein, da sie nicht im Stande waren, die Hilfe des Gerichtes anzurufen, wie etwa eine Frauensperson gegen ihren Balmund.

Abgesehen von dieser physischen Leibesbeschaffenheit sind es mehrfache Umstände, welche die Rechtsfähigkeit beeinflussen und sie in einem höheren oder niedrigeren Grade sich äussern lassen. Wir betrachten sie im folgenden und beginnen mit dem Einflusse, den die Munt auf die Rechtsfähigkeit ausübt.

II. Einfluss der Munt auf die Rechtsfähigkeit.

§ 22. A. Selbmunt.

Tacitus fügt Germ. 13 seinem Berichte über die Wehrhaftmachung der deutschen Jünglinge und die damit verbundene Zulassung zur Volksversammlung die Bemerkung bei: ante hoc domus pars videntur, mox reipublicae. In diesem Gegensatze liegt enthalten, dass wer pars domus ist, also unter der Herrschaft, der Munt des Hausherrn steht, des Volksrechtes nur geniesst, soweit es sein Muntherr im Kreise der Volksgenossen für ihn beansprucht und geltend macht, seine Rechtsfähigkeit somit einzig oder doch vorwiegend in der Hand des Hausherrn liegt. Jedenfalls war die Munt ein maassgebendes Moment, die volle Rechtsfähigkeit erschien so sehr bedingt durch die selbständige Per-

[4] Aehnliches bestimmt Ed. Roth. 176 in Betreff der Aussätzigen, was Ssp I 4 nur sehr bedingt anerkennt.

sönlichkeit des im Besitze der Munt befindlichen Hausherrn, dass ein auf concrete und sinnliche Ausdrucksweise gerichtetes Recht dazu gelangen konnte, die vollkommene Rechtsfähigkeit als Munt über sich selbst zu bezeichnen. Das langobardische Edict (Roth. 204) überliefert uns hierfür auch den charakteristischen Ausdruck selpmundia.

Selbmündig sein heisst in seiner eigenen Munt stehen, in sui selpmundia vivere. Die Selbmunt setzt also die Fähigkeit zur Führung der Munt voraus, und kommt mithin Niemandem zu, der vielleicht zufällig keiner solchen unterliegt, obschon er von Rechts wegen unter eine Hausherrschaft gewiesen wäre.

Wäre nun die Munt blos Schutz und Vertretung, so bliebe auch der Selbmunt nur die Bedeutung einer Selbstvertretung übrig. Aber in jenem Begriffe liegt vorab der Sinn einer Gewalt und Herrschaft, und indem die Rechtsfähigkeit dem Muntbegriffe in diesem Sinne eingeordnet wird, ergiebt sich für die Selbmunt eine ungeheure Tragweite. Sie ist wirklich und buchstäblich Herrschaft über sich selbst, der Selbmündige ist sein eigener Herr und Meister in des Wortes vollster Bedeutung, und man zieht in einer unser Gefühl erschütternden Weise streng juristisch die Consequenzen daraus. Bekannt ist, dass der selbmündige Mann durch nichts gehindert wird, sich selbst zu verkaufen und zu eigen zu geben: nach Tacitus Germ. 24 setzt der Spieler seine Person, seinen Leib und seine Freiheit als den Spielgewinn ein, und das ganze Mittelalter liefert ungezählte Beispiele von Ergebung freier Leute in Unfreiheit, wofür einzige Voraussetzung ist, dass sie freies Verfügungsrecht über sich selbst haben, also selbmündig sind, habentes potestatem de se ipsis disponendi, wie es NR. UB. I Nr 425 heisst.

Was ich aber unser Gefühl erschütternd nannte, ist das bisher weniger Beachtete[1], dass dieses Verfügungsrecht über sich selbst nicht blos zur Hingabe der Freiheit, sondern zur Ueberantwortung von Leib und Leben, ja einzelner Gliedmaassen, an einen Andern führt. Rein privatrechtsgeschäftlich wie im „Kaufmann von Venedig" wird das Leben oder ein Glied des Körpers verhandelt, namentlich für den Fall der Nichthaltung einer eingegangenen Verpflichtung das Leben, die Hand, das Auge u. s. f. als verwirkt erklärt. Die obligationenrechtliche Bedeutung dieses Aktes als Rechtsgeschäft (Pfandsetzung, wadium) wird unten im Obligationenrechte ihre Erklärung finden, hier ist er als eine Seite und Aeusserung der Selbmündigkeit zu erwähnen.

---

[1] Neuerlich von Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S 30. 59 ff.

Mittelalterliche Quellen illustrieren das taciteische de corpore contendunt als buchstäblich gemeint in grausigen Zügen[2], und das Wiener Stadtrechtsbuch Art. 51 ist zu dem Verbote veranlasst, zu verspielen, daz got an im beschaffen hat, es sein augen, nas oder orn, hande oder fuezz[3]. Die ganz allgemein redende Hauptstelle aber ist

Ssp I 8 § 1: sver man ... enem manne tügen wil an sin recht oder an sin lif oder an sin gesunt, dat de man vor gerichte verlovet hebbe.

Zur Erläuterung mögen einige Beispiele solcher „Gelübde vor Gericht" hier beigefügt werden:

Gudenus, Cod. dipl. I Nr 254 (v. J. 1250): Vor Schultheiss Johann zu Grüneberg entsagt Konrad Blind allen Ansprüchen auf ein Gut zu Gunsten des Klosters Hainau: si ecclesiam deinceps verbo vel facto gravare presumpserit, mortis in se sententia acceptata, quam scultetus et cives de Grunenberg dictaverint in eundem.

Ennen u. Eckertz, Quellen von Köln II Nr 455 (v. J. 1263), auch bei Schröder u. Lörsch, Urk. z. Gesch. d. dtsch. R. 2. Aufl. Nr 138: H. manifeste in figura judicii coram judicibus et scabinis cum spontanea voluntate elegit, quod amicabilem compositionem quam fecit cum H. ratam tenere deberet, et si unquam ipsam confringeret, sine contradictione decollari deberet.

Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1547 (v. J. 1296): Bischof Eberhard von Münster vermittelt eine Sühne zwischen den Gebrüdern von Haren und den Gemeinden zu Aschendorf, Heide und Rhede, tenendam et observandam inviolabiliter sub pena privationis corporum et bonorum, ita quod quicumque compositionem et pronuntiationem nostram non servaverit, . . . ipso facto bonis, rebus et corpore puniendus sit et privandus. Beide Parteien versprechen eidlich ac sub pena privationis corporum et bonorum compositionem inviolabiliter observare.

So äussert sich die volle Rechtsfähigkeit in einem auf die Spitze getriebenen Formalismus in Verwirklichung der Selbmunt. Und das Recht hat diese Befugnisse eines Selbmündigen über sich selbst noch lange Zeit anerkannt, als es schon längst die einer fremden Munt Untergebenen vor solcher Verfügung über ihren Leib und ihr Leben in Schutz genommen hatte.

Um nun den Einfluss der Munt auf die Rechtsfähigkeit der ihr Unterstellten gehörig zu würdigen, holen wir nach, was im Bisherigen mehr vorausgesetzt als näher begründet worden, eine bestimmte Fest-

[2] Manches bei Schuster, Das Spiel S 12 f.

[3] S. auch Grimm, RA S 621; Stobbe, Z f. RG XIII 248 Anm 105.

stellung des Muntbegriffes, und betrachten das Institut der Munt in Umfassung ihres ganzen Wesens, um dadurch zu richtiger Erkenntnis ihrer Bedeutung für die Rechtsfähigkeit der Muntangehörigen zu gelangen.

B. Die Munt als Gewalt über andere Personen.

1. Wesen und Begriff der Munt.

§ 23. a. Die Munt ein einheitlicher Rechtsbegriff.

Zu einer Zeit, da die Begriffe Sitte und Recht noch durch den allumfassenden nackten Gewaltbegriff des Familienhauptes gebunden nicht als selbständige Kräfte ins Leben getreten sind, ist die Munt reine Macht: ein Patriarch, ein Nomadenhaupt steht weder unter einem Sitten-, noch unter einem Rechtsgesetze; er selber ist sich beides. In der weiteren Entwicklung des Volkslebens erwachen Recht und Sitte und werden normbildende Factoren. Dem Familienhaupt wird seine Macht zum Rechte gegenüber andern Familienhäuptern, die sie anerkennen müssen, und was es als Recht für sich selbst beansprucht, muss es auch den andern für ihr Machtgebiet gewähren. Um das Verhältnis nach innen, die Herrschaft über die Untergebenen, kümmert sich das Recht vorerst nicht, die unbeschränkte Willkür gegen diese dauert ungeschmälert fort, bis Gesittung und Bedürfnis auch den Untergebenen im Verhältnis zum Herrn unter bestimmte Normen stellen. Zunächst ist hier das Sittengesetz ausschliesslich wirksam, es ist z. B. zuerst nur die Sitte, welche dem Vater das Kind zu tödten verbietet, einen sittlichen Makel auf solche Handlung wirft, aber das Rechtsgesetz ergreift mehr und mehr auch diese Verhältnisse, indem es die Voraussetzungen, die Dauer und den Umfang der Herrschaft unter seine Regeln stellt. Soweit das Recht diese Munt (nach innen und nach aussen) anerkennt, zu ihrem Schutze wie gegen ihren Missbrauch Klagen giebt, ist sie Rechtsinstitut geworden, indess sie in allen denjenigen Aeusserungen, wo das Recht keinen Zwang übt, ein blos sittliches Verhältnis geblieben ist. Rechtsinstitut z. B. als Gewalt des Ehemanns, die Ehefrau zur Rückkehr in die verlassene eheliche Wohnung zu nöthigen, sittliches Verhältnis etwa als Anspruch des Ehemanns auf Befolgung seiner Befehle in Unterlassung oder Ausführung rechtlich irrelevanter Handlungen. Es kommt dann in gewissen Muntverhältnissen geradezu so weit, dass das sittliche Element ganz verschwindet und das Rechtsgesetz alles beherrscht, wie in den Vogteiverhältnissen des Mittelalters; je pietätvoller aber die Bande zwischen Muntinhaber und Untergebenen sind, desto weniger wird dies

eintreten, die engsten Familienbande werden der Sitte noch den grössten Spielraum gewähren: in je weitere Kreise man aber hinausgeht, desto mehr wird sich die Sitte zurückziehen und dem Rechte das Feld überlassen. Die Munt wird also Rechtsinstitut, soweit das Recht sie mit einem von ihm anerkannten Inhalte und mit rechtlich erzwingbaren Wirkungen ausstattet, kraft der Munt kann der Vater die Heirat seines minderjährigen Kindes hindern, den fortgelaufenen Sohn wieder in sein Haus zurückführen, gleichwie der Eigenthümer kraft seines Eigenthums seinen Stall gegenüber fremdem Vieh abschliessen, entlaufenes eigenes Vieh zurückholen darf; und eine Ueberschreitung der Munt ist Tödtung des Kindes wegen Ungehorsams, gleichwie Waldverwüstung eine Ueberschreitung des Niessbrauchsrechtes ist. Sind das juristisch gleichwerthige Fälle, so ist auch die Munt Rechtsinstitut, gleichwie Eigenthum und Niessbrauch Rechtsinstitute sind.

Es ist das aber ein bestrittener Punkt, und er verlangt daher einlässliche Prüfung. Es wird, zumal in neuerer Zeit nach dem Vorgange Rives, vielfach angenommen, dass dem Begriffe „Munt" kein bestimmter Inhalt entspreche, es kein „allgemeines specifisch germanisches Mundium"[1], „kein »das Mundium« als juristisches Institut"[2] gebe. Nach dieser Ansicht bestehen wohl Ehevogtei, väterliche Gewalt, Vormundschaft u. s. f. als Rechtsinstitute, haben aber alle ihren besonderen Grund und Zweck, sind also verschiedenen Ursprungs und keineswegs blosse Arten eines dem Motive und dem Zwecke nach einheitlich gestalteten Mundiums; der Munt bleibe blos die Bedeutung, dass sie Benennung für Schutz und Vertretung im allgemeinen, nicht aber für Vertretungsbefugnis oder gar Gewalt sei. Das ist doch alles sehr zu beanstanden. Nicht nur darf es billig keinem Zweifel unterliegen, dass die Munt in ihrem Ursprunge eine einheitliche, über Ehefrau, Kinder u. s. w. gleichmässig wirkende Gewalt war, die dem einen Motive und Zwecke der Hausherrschaft des pater familias entspringend auch ihrem Inhalte nach durchweg dasselbe war, sondern ich kann auch für die spätere Zeit alles, was im Eherecht, im Rechte zwischen Eltern und Kindern, in der Vormundschaft u. s. f. von Gewalt (Herrschaft, Munt) des Ehemanns, des Vaters, des Vormunds u. s. w. vorhanden ist, nur als die Fortsetzung der einen alten Munt erkennen. Wo die Quellen von Munt des Ehemanns, des Vaters u. s. f. reden, handelt es sich immer nur um dessen Gewalt, und was von dieser im

---

[1] Rive, Gesch. der deutschen Vormundschaft I S XXII.
[2] Ehrenberg, Commendation S 67 Anm 75.

Eherecht vorhanden ist, das ist gleichartig mit dem in dem Kindesrechte vorliegenden und verleugnet den gemeinsamen Ursprung nicht. Richtig ist, dass die Munt in dem einen Verhältnisse mehr abgeschwächt ist als in dem andern, aber das ist ja für unsere Frage gleichgiltig, sobald nur dasjenige, was den Bestand einer (weiteren oder engeren, ausgedehnten oder schon beschnittenen) Munt ausmacht, auf dasselbe Princip, auf denselben Grund zurückführt. So ist, um ein analoges Beispiel zu nennen, das Eigenthum dasselbe Rechtsinstitut unter einem Rechte, das die Eigenthumsklage unbedingt anerkennt, und unter einem Gesetze, das sie gegenüber dem gutgläubigen Erwerber versagt.

Es wird die Aufgabe der folgenden Einzeluntersuchungen sein, nachzuweisen, wie alles, was im mittelalterlichen Rechte von Munt vorhanden ist, sich auf den ursprünglichen einheitlichen Begriff der manus zurückführen lässt. Doch mag schon hier noch eine allgemeine Bemerkung Platz finden. Wir haben oben gesehen, wie die manus über Vermögensobjecte zur Gewere geworden ist. Die Gewere hat ihr einheitliches Wesen so unzweifelhaft bewahrt, dass es Niemandem einfällt, ihr einen festen Begriff, einen bestimmten Inhalt abzusprechen. Der Grund ist leicht ersichtlichermaassen der, dass die Herrschaft über Sachen sich durch den Lauf der Jahrhunderte gleich bleibt, und dass wir heute noch unser Gut ebenso beherrschen, wie unsere Vorfahren vor tausend Jahren. Dagegen Ehefrau, Kinder und sonstige freie Hausgenossen sind nicht diese stabile todte Masse wie Grundstücke und Hausrath, sondern entwachsen mit der Veränderung der sittlichen Anschauungen des Volkes mehr und mehr und in verschiedenem Maass, die Ehefrau vielleicht mehr als die Kinder u. s. f., der absoluten Gewalt des Hausherrn. Und zwar geschieht das so, dass der grosse Raum, den ursprünglich nur der eine Begriff der Munt einnimmt, sich mehr und mehr mit Rechtsbeziehungen zwischen Muntinhaber und Muntbefohlenen füllt, nicht aus dem Wesen der Munt heraus, sondern im Widerspruche mit ihr. Am unangreifbarsten erweist sich die Munt im Verhältnis der Hausangehörigen nach aussen; sie ist das ganze Mittelalter hindurch, ja man kann sagen bis auf den heutigen Tag, das einzige Mittel, durch welches das Haus in der Aussenwelt auftritt. Die ohne Rast fortschreitende Bewegung des Familienrechtes trifft wesentlich nur das innere Verhältnis, hier aber ist die Munt durchaus der leidende Theil, sie „entwickelt“ sich nicht mehr, sondern sinkt von Fall zu Fall, jeder neue Schritt beschränkt sie. Die „Abschwächung der Munt und des Mundialbegriffs“ ist ja in unserer Litteratur zu dem keineswegs unrichtig gewählten Schlag-

wort geworden, womit alle neueren Bildungen auf dem Gebiete des Familienrechts jeweilen erklärt werden. Sobald sich eben innerhalb einer Hausherrschaft selbst Rechte der Mündel gegenüber dem Muntinhaber bilden, erscheinen dieselben nicht als ein Rechtserzeugnis aus dem Wesen der Munt selbst heraus, sondern als neue, im Gegensatz zur Munt entstandene, durch den zwingenden Einfluss ihr fremdartiger Elemente hervorgerufene Gestaltungen. So ist alles Recht, das allmählich Kinder, Ehefrau, Pflegebefohlene des Hausherrn ihm gegenüber gewinnen, nicht Entwicklung der Munt, nicht Theil des Mundialrechtes, nicht Inhalt der Munt als Rechtsinstitut, sondern Feind der Munt und Schmälerung ihres Gebietes.

Das, scheint mir, übersieht die Ansicht, welche nur von Mundialverhältnissen, aber nicht von der Munt als einem Rechtsinstitut etwas wissen will. Sie übersieht, dass was von Munt, als dem alten Herrschaftsbegriffe, in Ehe-, Kindes- und Vormundschaftsrecht u. s. w. wirklich vorhanden ist, überall dasselbe ist, dass aber, was im ehelichen, im Kindesrechte u. s. f. und im Verhältnisse der Ehefrau zum Manne, der Kinder zum Vater verschieden ist, gar nicht aus der Munt stammt, sondern ein ihr abgerungenes Gebiet ist. Dass der Ehemann die Ehefrau in gleicher Weise wie der Vater das Kind in Prozessen vertritt, dass der Ehemann wie der Vater die davongelaufene Frau wie das geflohene Kind in sein Haus zurückführt, das sind Aeusserungen der Munt; dass dagegen die Frau Sondergut unter eigener Verwaltung haben kann, das Kind nicht, ist nicht Ausfluss eines hier und dort verschiedenen Muntbegriffes, sondern der unabhängig und im Gegensatz zur Munt aufgekommenen freieren Bewegung der Ehefrau.

Gewiss ist durch solche Rechtsentwicklung die Munt in ihren Wirkungen bald mehr, bald weniger verkürzt worden. Aber soweit sie bestehen bleibt, ist sie auch begrifflich dasselbe, die potestas, die Hausherrschaft, so gut wie das Eigenthum an allen Sachen, die man hat, dasselbe bleibt, gleichviel ob man z. B. über gewisse Arten derselben nur beschränkt verfügen und testieren darf.

§ 24. b. Die Munt ein Gewaltbegriff.

Die hier vertretene Auffassung beruht nun freilich auf der Voraussetzung, dass Munt eine, der alten römischen manus gleiche, reine Gewalt und Herrschaft sei, nicht ein juristisch gleichgiltiger „Schutz“. Da gerade diese Voraussetzung mannigfach abgelehnt wird, so soll die vielleicht schon längst erwartete bezügliche Erörterung nicht länger verschoben werden.

Die Gleichheit der deutschen Munt und der römischen manus ist so lange nicht unumstösslich, als Zweifel über die Identität von Munt und Hand herrschen. Trotz den für diese Identität bestehenden sprachlichen und sachlichen Gründen und trotz der unwidersprochenen Beweiskraft dieser Gründe hat man sich doch bis auf den heutigen Tag nicht frank und frei von der Annahme losgesagt, dass Munt doch auch mit unserm „Mund" (os) zusammenhänge, wäre es auch nur so, dass man ein „uraltes philologisches Missverständnis" vermuthet[1]. Diese Verknüpfung mit unserm „Mund" könnte sich nicht immer wieder hervorwagen, wenn nicht unwidersprochen die Ansicht bestünde, dass sermo oder verbum identisch mit Munt, „die notorische Uebersetzung von Munt" sei[2]. Das hat dann eben der Meinung grossen Vorschub geleistet, dass überwiegend der Schutz, die Vertheidigung, das Fürsprechen und Wortführen für den Mündel, nicht die Gewalt über ihn, im Begriffe der Munt liege, das Verhältnis mehr als ein Schutzverhältnis im Interesse des Mündels denn als ein Gewaltverhältnis zu Gunsten des Muntinhabers aufzufassen sei[3]. Wir prüfen zuerst, wie es mit der Gleichheit von verbum (sermo) und Munt steht, und darnach, ob wir es mit einer schützenden und schirmenden Munt oder mit einer herrschenden und zwingenden Hand zu thun haben.

Meines Wissens ist immer nur von sermo oder verbum r e g i s die Rede, dagegen in den unzähligen Fällen, wo es sich um die Munt eines Privatmannes handelt, ausnahmslos von mundium, mundiburdium, und selbst der Majordomus hat kein verbum (R o z i è r e 9, Marc. I 24). Eine Erklärung hierfür wüsste ich schlechterdings nicht zu finden, wenn sermo nur Uebersetzung von Munt, und also die Munt nicht die Hand, sondern der Mund wäre. Warum wäre sie bei Privatpersonen nicht auch so genannt worden? warum lesen wir nichts von sermo und verbum mariti, patris in den Quellen, so gut wie das langobardische Edict von manus regis und manus mariti spricht? Also sermo und verbum könnten unter allen Umständen nur die k ö n i g l i c h e Munt sein, und man wird durch diese einfache Thatsache von selbst zu der Annahme hingenöthigt, dass das verbum regis nicht das Wesen und den Begriff der Königsmunt schlechthin ausdrücken kann, wenn anders die königliche Munt nicht von vornherein als ein von

---

[1] B l u h m e, Z f. RG XI 377.

[2] Z ö p f l, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte II 190 Anm 3.

[3] Auffallend genug, da auch der Mund ebenso gut zum Befehlen als zum Fürsprechen, und die Hand ebenso gut zum Schutz als zum Herrschen brauchbar ist. Aber mit dem „Mund" entgeht man doch der unbequemen Analogie des römischen Rechts.

der Privatmunt durchaus verschiedenes Institut will aufgestellt werden; letzteres ist aber durchaus unzulässig, königliche und Privatmunt sind gleich, und so bleibt nichts anderes übrig, als verbum regis und mundium regis für zwei verschiedene Dinge zu nehmen, die sich indess darum nicht auszuschliessen brauchen, sondern verbunden vorkommen können, und zwar so, dass der unter Königsmunt Stehende auch damit unter das verbum regis tritt. Und so verhält es sich in der That.

Verbum regis ist gleichbedeutend mit praeceptum oder jussio regis. In den sogen. precariae verbo regis[4] heisst es abwechselnd: per verbum domini Pippini und per jussionem domini Pippini, jubente domino Karolo. Ferner

K. Pertz, Dipl. M. 66: ordenante inlustri viro Nordeberctho, qui causas ipsius orfanolo per nostro verbo et praecepto videtur habire receptas.

Mon. Bo. XXX a S 387: der Missus bannt Schöffen, Geschworne und Beklagte ex verbo regis vor das Königsgericht.

Praeceptum und jussio aber bezeichnen den Befehl der höchsten souveränen Macht, und so ist auch verbum regis nichts anderes als der königliche Befehl, das königliche Machtgebot, und zwar jeder beliebige Königsbefehl. Ein solcher schloss sich nun aber immer an die Aufnahme in die Königsmunt an: der König befiehlt allen seinen Beamten oder gar allen seinen Unterthanen, den Muntmann mit jeglichen unziemlichen Zumuthungen in Bezug auf dessen Person und Vermögen unbehelligt zu lassen, und stellt ihm einen Brief aus, der dieses Präceptum enthält und wie jeder Königsbrief selber praeceptum heisst; so ist der Betreffende in verbo regis. Ein Privatmann hat dieses Recht nicht, oder vielmehr seine Befehle würden nicht respectiert, und sein Muntmann steht daher auch nicht in seinem verbum, obschon die Munt in beiden Fällen begrifflich dieselbe ist. Und daher geschieht es auch, dass der König zwar den Befehl ausstellt und verbrieft, die Munt aber, mit der er sich selbst nicht befassen will, einem Beamten überträgt.

Marc. I 24 (Roz. 9): Nos viro illo sub sermonem tuicionis nostre visi fuimus recepisse, ut sub mundeburde vel defensione inlustris viro illo maioris domus nostri quietus debeat resedere — propterea jubemus, ut memoratus abba sub nostro sermone et mundeburde antedicti viri quietus resedeat.

[4] Worüber zu vergleichen Roth, Benef.-W. S 362 Anm 175; Feudalität S 167. Kaufmann in Hildebrands J für Nationalökonomie XXII 75.

Vollends ergiebt sich die Gleichgiltigkeit des verbum regis für den Begriff der Munt daraus, dass von ihm auch ausserhalb jeden Muntverhältnisses die Rede ist. In tit. 56 der lex Sal. heisst es von demjenigen, welcher der Vorladung vor Gericht beharrlich keine Folge leistet, tunc rex ad quem mannitus est, extra sermonem suum eum ponat; das heisst nicht, er soll ihn aus seiner Munt weisen, denn solche bestand gar nicht, sondern er soll ihn ausserhalb des Friedens setzen, den der König als Träger der höchsten Gewalt allen Unterthanen zu halten befohlen hat. Es ist einfach petitio principii, wenn man aus solchen Stellen den Schluss zieht, es gebe „kein »das Mundium« als juristisches Institut“, — petitio principii, weil man als notorisch ansieht, dass verbum regis gleich Munt sei, was sicher nicht der Fall ist.

Der eben genannte tit. 56 der lex Sal. führt uns auf das Weitere: der Ausdruck verbum regis gehört der merovingischen Zeit an, er ragt noch vereinzelt in die karolingische Periode herein, dann verschwindet er, und als entsprechender neuer Ausdruck tritt bannus auf. Die Veränderung des Wortes birgt auch eine Aenderung der Sache in sich: verbum ist der volksrechtliche Königsbefehl, bannus das ausserhalb der lex stehende Machtgebot. In jenem tit. 56 besteht das extra sermonem ponere in der volksrechtlichen Friedlosigkeit, die der König als Träger der vollen Staatsgewalt verhängt. So ist auch lex Sal. 13 § 6 zu erklären: si puella quae trahitur in verbum regis fuerit, fritus exinde solidos 63 est. Der fredus gehört dem Volksrecht an, der Betrag von 63 sol. ist die volksrechtliche Busse für Entführung, das verbum regis steht also auf volksrechtlichem Boden und kennt für Verletzung der Königsmunt nur die volksrechtliche Busse. Aber schon merovingische Muntbriefe (Roz. 9 ff.) stellen das auf Amtsgewalt beruhende Reclamationsrecht des Mündels, die reclamatio ad regis definitivam sententiam, auf. In karolingischer Zeit ist das Königsmuntverhältnis vollständig unter den Königsbann gestellt, d. h. dem Volksrechte entzogen, wie denn auch schon eine spätere Handschrift der lex Sal. in jenem tit. 13 § 6 statt fritus das Wort furban setzt. Als sich der Bann an alle königlichen Befehle anschloss, wurde aus dem extra sermonem positus der forbannitus, d. h. foras banno positus. Während das angelsächsische utlagabit eum rex de verbo oris sui den alten Zusammenhang festhielt, war im fränkischen Reiche der bannus das Wichtigste geworden, worüber das verbum unerwähnt blieb. So ist der sermo, das verbum regis verschwunden, obschon die Munt in alter Weise fortbestand, eine Erscheinung, die unerklärlich wäre,

wenn verbum wirklich nur als Uebersetzung von Munt dürfte betrachtet werden.

Die zweite Frage ist, ob Munt ein Gewalt- und Herrschaftsbegriff oder ein Schutz- und Schirmbegriff sei. Sie ist das erstere. Eine nicht juristische Schrift, der Heliand, spricht sehr oft von Muntburt und Mundboro, und zwar im Sinne von Herrschaft und Herrscher: manogarô mund-boro, der Menge Herr, V. 378 und 1274; mahtig mund-boro, V. 1546. 2233. Besonders charakteristisch V. 4697: ak thu farmanst mîna mund-burd, d. h. du (Petrus) wirst meine Herrschaft, mich als deinen Meister und Herrn verleugnen, nicht wie Simrock dem „Schutz" zu Liebe übersetzt: so verschmähest du meinen Schutz. Ferner V. 1242: mund-burd gihêt te langaru hwîlu, nicht mit Simrock: verhiess mächtigen Schutz auf längste Zeiten, sondern entsprechend der Vorlage Matth. 4, 17. 23 und Marc. 1, 14: er predigte das Reich, verhiess das Himmelreich; endlich noch V. 2070: trûôdon sie sîdor thiu mêr an is mund-bord, auch wieder nicht mit Simrock: sie vertrauten ihm gern, sondern gemäss dem Original Joh. 2, 11 (er offenbarte seine Herrlichkeit, und seine Jünger glaubten an ihn): sie glaubten desto mehr an seine Herrlichkeit.

So hier im Heliand immer nur Munt des Höchsten, des Herrn über alles, Christus', als dessen Gesinde, d. h. dienstbare Hausgenossenschaft, die Jünger bezeichnet werden. Christus der Muntboro, d. h. der Herr der Herrlichkeit, der Herrscher und König.

Sollten die Rechtsquellen wirklich so sehr damit contrastieren, dass sie in der Munt nicht die gewalthabende, herrschende Hand, sondern nur einen vagen „Schutz" erkennen? Und wie lässt sich ein Schutz ohne entsprechende Herrschaft überhaupt denken? Man beruft sich wohl darauf, dass die königlichen praecepta über Muntverhältnisse nur von defensio und tuitio sprechen. Diese sog. Muntbriefe beurkunden ja aber gar nicht die Ergebung in die Munt, sondern setzen dieselbe als schon erfolgt voraus, und erwähnen sie jeweilen nur kurz als Voraussetzung und Motiv des nunmehr erlassenen Befehls, geben also auch keinen Aufschluss über die rechtliche Natur des Muntverhältnisses. Sie wurden den Muntleuten zugestellt, nicht damit diese dem König gegenüber ein Beweismittel für die Munt hätten, sondern damit sie bei allen Militär- und Civilbehörden legitimiert seien, wenn sie deren Vertretung anzurufen in den Fall kämen, und diesem Zwecke entsprechend begnügte sich die Urkunde mit dem Befehle des Schutzes, ohne sich über die Natur der Munt selbst zu äussern.

Was der königliche Muntbrief nicht ist, eine Beurkundung des

Muntvertrags, der Commendation, das ist die merkwürdige Formel Sirm. 44, Roz. 43, = Form. Turon. 43 (Zeumer); die lautet aber etwas anders als nur auf Schutz: mihi decrevit voluntas, ut me in vestrum mundeburdum tradere vel commendare deberem, eo modo ut me de victu et de vestimento juxta quod vobis servire et promereri potuero, adjuvare debeas, et dum ego in capud advixero, ingenuili ordine tibi servitium vel obsequium impendere debeam et de vestra potestate vel mundoburdo tempore vitae meae potestatem non habeam subtrahendi, nisi sub vestra potestate vel (= et) defensione diebus vitae meae debeam permanere. Welch geringe Rolle spielt hier die defensio, und wie liegt aller Nachdruck auf dem servitium und der potestas!

Und selbst die königlichen Munt- und Immunitätbriefe lassen über das Wesen der Munt keinen Zweifel: weil sich das Kloster, sagen die merovingischen Könige und die Arnulfischen Hausmeier, in manibus nostris et in dominatione nostra tradiert hat, so ertheilen wir ihm unsre defensio und tuitio. Unterwerfung unter volle Herrschaft ist der Preis, um welchen man den Schutz erkauft, „die dominatio", sagt Sickel[5], „hat defensio zur Folge", sie ist das Wesentliche der Munt, denn auf Ergebung in die dominatio ist die Commendation zunächst gerichtet: „die delegatio in manibus nostris", sagt derselbe Schriftsteller, „hat dominatio zur Folge". Daher erklärt der Hausmeier Pippin in der Urkunde für Echternach 706[6], ut monastirium in nostra vel (= et) heredum nostrorum dominatione vel (= et) defensione in antea semper permaneat, und Karl der Grosse beurkundet für Hersfeld, dass, nachdem Lullo die Kirche in manibus nostris tradidit, er sie sub nostra defensione genommen habe[7].

§ 25. 2. Juristisches Motiv der Munt.

Hat sich uns in § 20 die Munt als die manus vestita, die bewehrte Hand, erwiesen, so ist schon damit festgestellt, dass blos ein wehrhafter Mann solche Herrschaft führen kann. Andererseits wenn diese Munt als die ursprünglich absolut uneingeschränkte und mit Gewalt über Leben und Tod der Untergebenen ausgestattete Herrschaft zu denken ist, so kann ebenso wenig gezweifelt werden, dass,

[5] Beiträge zur Diplomatik III 210.

[6] K. Pertz, Dipl. A. 4.

[7] Vgl. Cod. Lauresh. I Nr 4: praeceptum Karoli M. monasterium in manu nostra tradidit et in mundeburdem vel defensionem nostram plenius commendavit. Ueberhaupt Sickel, Beiträge III 206 ff. Ficker, Reichskirchengut S 43 f. giebt Beispiele aus späterer Zeit.

wer unter Munt steht, ohne des Muntinhabers Willen keine Waffen tragen darf, also in diesem Sinne kein Waffenrecht hat. Dagegen berechtigt beides zusammen nicht zu dem Schlusse auf den von Kraut[1] aufgestellten Satz, der Grund, weshalb Jemand eines Vormundes bedürfe, sei zunächst darin zu suchen, dass er nicht fähig sei, die Waffen zu führen. Bekanntlich ist neuerdings dieser Satz (von Rive, Schröder u. a.) auf das lebhafteste bestritten worden. Da beachte man zunächst das Folgende:

Der Streitgegenstand ist ein unklarer, so lange man den Begriff Waffenfähigkeit nicht genau feststellt. Ist damit gemeint die physische Möglichkeit der Waffenhandhabung oder das Recht der Waffenführung? die (physische) Wehrfähigkeit oder die (juristische) Wehrhaftigkeit? Kraut S 31 und besonders in der Uebersicht des Inhalts S VIII („hierzu im Stande sind aber nur die, welche die physische und juristische Fähigkeit besitzen, die Waffen zu führen") nimmt beides als gleichmässig wirksamen Grund der Munt an, und darin liegt der Irrthum, der ihn verhindert hat, das Richtige zu treffen. Denn es ist von vorneherein klar, dass physische Wehrfähigkeit und Recht der Waffenführung zwei verschiedene Dinge sind. Der freie Mann, der sich durch Hunger und Blösse aufs äusserste gebracht (wie form. Turon. 43 sagt) in fremde Munt commendierte, war nach seiner Ergebung physisch wehrfähig so gut wie er es vorher gewesen war, aber das Waffenrecht verlor er durch seine Ergebung, weil der Muntherr ihm nun das Waffentragen verbieten konnte. So konnte auch der in des Vaters Munt aufgewachsene Sohn physisch vollkommen fähig sein, Schwert und Speer zu führen, aber so lange der Vater ihn nicht aus seiner Munt entliess, wurde er nicht wehrhaft, d. h. hatte er das Waffenrecht nicht, denn die Wehrhaftmachung schloss die Entlassung aus der Munt in sich. Daraus ergiebt sich: die physische Waffenunfähigkeit ist für die Munt insofern gleichgiltig, als sie nicht nothwendige Voraussetzung derselben ist, so, dass ohne sie die Munt nicht denkbar wäre; die juristische Wehrlosigkeit dagegen, d. h. der Mangel der Befugnis, kraft eigenen Rechtes die Waffen zu führen, ist zwar mit der Unterwerfung unter Munt nothwendig verbunden, aber nicht als deren Ursache, sondern als deren Folge: der Muntmann ist wehrunfähig, weil er unter fremder Herrschaft steht und es seinem Herrn nicht dient, ihm die Waffen in die Hand zu geben. Aber mit dem Willen des Muntherrn kann er jederzeit waffenfähig sein.

Das trifft nun insbesondere auch bei Frauenspersonen zu: phy-

[1] Vormundschaft I 31 f.

sische Waffenfähigkeit ist ihnen nie abgesprochen worden; wie fern das dem Sinne des deutschen Volkes lag, zeigt die von kriegerischen Frauengestalten angefüllte Mythologie und Sagenwelt, und Erzählungen aus der Urzeit des Volkes wissen manches von Heldenweibern zu berichten[2]. Frauen stehen auch nicht darum unter Munt, weil ihnen das Waffenrecht fehlt, sondern darum, weil sie pars domus sind; ausgeschlossen von öffentlicher Bethätigung, haben sie ihren Wirkungskreis im Hause und sind deshalb nicht berechtigt, oder vielleicht besser: sind nicht darauf angewiesen, Waffen zu tragen. Auch für sie ist also die Wehrlosigkeit Folge der Munt, und das Motiv der letzteren ist unmittelbar das weibliche Geschlecht: Frauen gehören in das Haus und nicht auf Strasse und Markt des öffentlichen Lebens, und weil ihr Beruf sie in die Schranken der häuslichen Thätigkeit weist, bedürfen sie keines Waffenrechtes. So und nicht umgekehrt: weil Weiber unfähig sind, die Waffen zu führen, so gehören sie in das Haus und fallen sie unter Munt. Woher sollte diese Unfähigkeit herrühren? Entweder daher, dass die Weiber „durch ihre körperliche Beschaffenheit daran gehindert werden, die Waffen zu führen", oder daher, dass ihnen „aus rechtlichen Gründen der Gebrauch der Waffen nicht gestattet ist" (Kraut I 31). Der erste Grund ist hinfällig, und der zweite führt selber wieder auf „rechtliche Gründe" zurück, als welche sich schliesslich doch nur die Munt des Hausherrn ergeben kann, sodass sogar diese Fassung Krauts unsere Ansicht bestätigt: den Frauen ist der Gebrauch der Waffen als unnöthig entzogen, weil sie unter der Munt eines Hausherrn stehen, der als Vertreter des Hauswesens auch für sie die manus vestita nach aussen handhabt.

Das findet seine bestimmte Bestätigung durch die Volksrechte. Die lex Bai. IV 29 sagt: Dum femina cum arma defendere nequiverit, duplicem compositionem accipiat; si autem pugnare voluerit per audatiam cordis sui sicut vir, non erit duplex compositio eius. Stünde der erste Satz allein, so könnte man allenfalls daraus herauslesen, dass Frauen doppelte Busse erhalten sollen, weil sie physisch unfähig seien, die Waffen zu führen. Die Beifügung des zweiten Satzes stellt aber den Sinn fest: Frauen sollen, obschon sie an sich dazu fähig wären, nicht bewaffnet einhergehen, sondern sich ihrer häuslichen Stellung gemäss betragen und auf sie vertrauen, dass sie sie vor Unbilden schütze; führen sie dennoch die Waffen, so gehen sie des

---

[2] Weinhold, Die deutschen Frauen im Mittelalter S 41 f.

Vortheils verlustig, den ihnen ihre gesellschaftliche Stellung einräumt[3].

Rothar sodann sagt in seinem Edicte 278: „Ein Weib kann keinen Hausfriedensbruch begehen; es erscheint abgeschmackt, dass ein Weib gleich einem Manne mit Waffen eine Gewaltthat verüben könne.“ Das Edict setzt voraus, dass der Fall des Eindringens einer bewaffneten Frau in ein fremdes Haus vorgekommen war, und Liutprand 141 zeigt uns, wie Frauenspersonen von ihren Muntherren zu solchen Gewaltthätigkeiten angeleitet und missbraucht wurden. Rothar kann also nicht sagen wollen, es sei abgeschmackt anzunehmen, dass eine Frauensperson überhaupt die Waffen führen könne, da ja das vielfach vorkam; ebensowenig dürfte ihm die Meinung unterstellt werden: weil das Recht den Frauen den Gebrauch der Waffen verbietet, so muss der Richter trotz erwiesenem Gegentheil annehmen, es sei keine Waffengewalt gebraucht worden. Es bleibt nur der Sinn übrig: der Hausfriedensbruch ist Anmaassung einer fremden Hausherrschaft (Munt); ein Weib kann ein solches Verbrechen nicht begehen, weil es sich keine Munt anmaassen kann, sondern durch ihre häusliche Unterordnung davon ausgeschlossen ist. Also gerade: weil sie selber unter Munt steht, begeht sie trotz ihrer Wehrfähigkeit und Waffenführung das Verbrechen nicht, das nur ein zur Munt Befähigter verüben kann.

Endlich die Munt über die Geistlichen glaubt man nicht anders als aus ihrer Waffenunfähigkeit, d. h. aus dem für sie geltenden Verbot des Waffentragens begründen zu können. Es wäre aber erst zu untersuchen, ob und wieweit überhaupt die Geistlichen (clerici, presbyteri und monachi) unter Munt standen und stehen mussten. Die bekannten octo banni regis[4] nennen sie nicht, und doch sollte man sie, wenn eine Munt über sie nothwendig wäre, unbedingt dort neben den viduae, orfani und minus potentes aufgeführt finden. In den Urkunden treten bis tief in die karolingische Zeit hinein die Geistlichen

[3] Einen ähnlichen Gedanken spricht Ssp III 2 aus: Wenn Pfaffen ohne Tonsur oder Juden Waffen führen und dann Gewalt erleiden, so soll man ihnen büssen gleich einem Laien, denn wer in des Königs täglichem Frieden begriffen ist, soll keine Waffen führen. — Also nicht, weil wehrunfähig, muss man des Königs Munt und Frieden suchen, sondern weil man in des Königs Munt steht und dadurch dessen Frieden hat, soll man waffenlos sein. Verletzung eines Juden war eben darum höher bestraft, weil eine Verletzung der Königsmunt darin lag. Vgl. Stobbe, Juden S 44.

[4] Cap. 772 (Pertz I 34). Cap. 801—813 (Boretius I 157). Cap. Aq. c. 2 (Boretius I 171).

bei Veräusserungen und sonstigen Privatrechtsgeschäften selbständig auf[5], und man darf gegenüber Berichten wie Hist. Frising. Nr 166:

> adprehendit pallam altaris ipse Pernhart presbiter et tradidit in manus Attonis episcopi

kaum annehmen, dass ein Muntherr zwar für diesen Bernhard oder mit ihm gehandelt habe, seine Erwähnung aber als überflüssig unterblieben sei. Später, noch unter Karl d. Gr., wird es mehr und mehr zur Regel, dass die Geistlichen einen Vogt haben[6], und das Cap. v. 860 c. 4 (Pertz I 472) schreibt vor: Volumus ut ecclesiae et casae Dei et episcopi et Dei homines, clerici et monachi et nonnae talem mundeburdem et honorem habeant sicut tempore antecessorum nostrorum habuerunt. Das hängt damit zusammen, dass auf Grund strengerer kirchlicher Vorschriften die Geistlichen mehr und mehr dem weltlichen Verkehre gegenüber eine reservierte Stellung einnahmen, ohne doch auf dessen Vortheile verzichten zu wollen, und die Munt, die ja schon seit dem 9. Jahrhunderte sich mehr und mehr milderte, dazu benutzten, um unter dem Mantel eines Vogtes an dem weltlichen Verkehre Theil zu nehmen; aber unter eigentlicher Munt standen sie nicht, sondern nahmen blos jeweilen zu den einzelnen Geschäften einen Vogt. So schenkt NR. UB. I Nr 355 ein Geistlicher, adjuncta mecum ex mundane legis consuetudine laica manu, so bei v. Wyss, Abtei Zürich Nr 216, assumto advocato prout moris est clericorum. Aber dass sie unter dauernder Munt gestanden hätten, davon finde ich für keine Zeit auch nur eine geringe Spur.

So erhalten wir den Satz: die Waffenunfähigkeit, als physisches Unvermögen zur Waffenführung gedacht, so wenig wie der Mangel des Waffenrechts ist Grund und Motiv der Munt, vielmehr ist der Mangel des Waffenrechts (sofern er nicht, wie bei den Geistlichen, auf kirchlicher Vorschrift beruht) Folge der Munt, indem das Recht denjenigen Leuten, die nicht in das öffentliche Leben, sondern in das Haus gehören, eben darum das Waffentragen untersagt. Damit entsteht überhaupt für uns die Frage, ob eine Muntbedürftigkeit in dem Sinne einer gesetzlichen Nothwendigkeit der Munt über gewisse Per-

---

[5] Beispielsweise: C. d. Fuld. Nr 80. 97. 121. 159. UB. St. Gallen Nr 20. 59. 68. 111. 138 u. s. f. Hist. Frising. Nr 131. 133. 139. 143. 145—148. 157. 158. 162—166. 168. 170. 172. 173 u. a. Trad. Wizenb. Nr 23. 36. 45. 171. 172. 174. 212. 241. 242. C. Lauresh. Nr 211. 213. 221. 248. 250 u. s. w. Ueberhaupt s. Loening, Gesch. d. deutschen Kirchenrechts II 313 ff. 305, wo nach mehrfachen Richtungen die freie Bethätigung der Geistlichen im privatrechtlichen Verkehre nachgewiesen ist.

[6] UB. St. Gallen Nr 337. 345. 362. 365. 393. 406. 414. 432. 449. 454. 474. 488. 511. 542 u. s. f. Lib. Pap. Lud. Pii 27 form.

sonen denn wirklich existiert habe, so, dass bei Mangel einer Familie und damit eines natürlichen Muntinhabers ein künstlicher durch den Staat hätte müssen geschaffen werden. Man nimmt an: Kinder, Frauenspersonen, Schwachsinnige u. s. f. mussten unter Munt stehen, und wenn ein Muntherr aus der Verwandtschaft nicht vorhanden war, so musste[7] daher die Munt des Königs, der öffentlichen Gewalt eintreten. Diese Meinung ist nicht zu erweisen. Aus dem Wesen der Munt als reinem Hausherrschafts- und Gewaltbegriffe folgt, dass, wer in keinem Hauswesen lebt, auch unter keiner Munt steht, und weder der König noch sonst Jemand Anlass hat, sich eine Munt über den Betreffenden zuzuschreiben. Aber weil der König, schon um seine Macht und sein Ansehen zur Geltung zu bringen, ein Interesse daran hatte, Gewaltthätigkeiten in seinem Volke und Verfolgung Hilfloser zu verhindern, eröffnete er solchen Leuten das Recht, sich seiner Hausgewalt zu unterwerfen. In solchen Zeiten der Roheit wie der merovingischen war die Commendation in königliche Munt trotz aller Abhängigkeit, die daraus floss, doch immer noch ein Vortheil, eine Gunst. Aber wer diesen Vortheil nicht suchte, für den wurde nicht gesorgt, der blieb herrschaftslos und consequenterweise allerdings auch schutzlos, weil dann Niemand ihn zu vertreten hatte.

So ist auch wohl zu verstehen Roth. 204: nulli mulieri liceat in sui potestatem arbitrium id est selpmundia vivere, nisi semper sub potestatem virorum aut certe regis debeat permanere, nec aliquid de res mobiles aut immobiles sine voluntate illius, in cuius mundium fuerit, habeat potestatem donandi aut alienandi. Die Stelle sagt im Grunde bestimmt nur das, dass keine Frauensperson des Volksrechtes und dessen Verkehres geniessen könne anders als durch das Mittel eines Muntwalts; hatte sie keinen von Familien wegen, so konnte sie refugium ad curtem regis nehmen (Roth. 182) oder ad manum regis sich übergeben (Roth. 186). Dass aber eine geordnete Einrichtung bestand, welche eine staatliche Obervormundschaft, jeweilen von Amtswegen, für die Frauen bestellte, davon finden wir nichts, und es besteht schon darum kein Grund, für die Frauenspersonen eine solche zwingende Nothwendigkeit zur Munt anzunehmen, weil für Kinder, für die doch die gleiche Veranlassung hätte bestehen müssen, nicht unbedingt eine Munt existiert. „Dem vaterlosen Knaben“, sagt Bluhme[8], „wird nur in ausserordentlichen Fällen durch Königsmund geholfen.“

[7] Kraut I 64 nennt es allerdings nur ein Recht des Königs, den Familienschutz zu ersetzen, obschon man nach seiner ganzen Auffassung erwarten sollte, dass er eine Pflicht der öffentlichen Gewalt annehmen würde.

[8] Z f. RG XI 375.

Hauptsächlich seit Karl d. Gr. tritt der Gesichtspunkt der Pflicht des Staats, der Aufgabe des Königs hervor, den Witwen, den Waisen, den Unvermögenden maximus defensor zu sein. Für Italien Cap. Langob. v. J. 782 c. 5 (Boretius I 192): si tutor aliquis illorum esse non voluerit, judex praevideat Deum timentem hominem. Für Deutschland Cap. Aquisgr. 802 c. 5 (Bor. I 93), Cap. ad leg. Bai. 801—813 c. 1 u. 3 (Bor. I 157), Cap. Aquisgr. I 810 c. 20 (Bor. I 154), Cap. Aquisgr. 801—813 c. 2 (Bor. I 171). Aber in diesen Capitularien ist doch mehr nicht als das Princip aufgestellt; bestimmte Einrichtungen für dessen Durchführung sind nicht getroffen, und so geschieht es, dass noch im späten Mittelalter keineswegs überall, wo ein natürlicher Muntinhaber fehlt, ein vom Staate geordneter eingetreten ist. Der bekannte Reimspruch des Ssp I 4 über die krüppelhaften Leute (s. oben S 102), selbst wenn er eine Rechtspflicht der Verwandten zu Fürsorge für solche arme Geschöpfe aussprechen sollte, lässt doch von obrigkeitlicher Vormundschaft mangels von Verwandten nichts merken, und noch das Magdeburger Recht des 14. Jahrhunderts setzt die Möglichkeit, dass Kinder ohne Munt waren, an manchen Stellen als etwas Natürliches, durchaus nicht Incorrectes voraus. Siehe Magd. R. v. 1304 Art. 60 bei Gaupp, Magd. u. Hall. R. S 291. Syst. Sch. R. IV 2, 60. 59. 63. Magd. Fr. I 8. 7.

In Zusammenfassung des Vorstehenden sagen wir also: Die Munt war ihrem Begriffe nach kein Schutzverhältnis im Interesse des Untergebenen, sondern Gewalt im Interesse des Hausherrn; darum kann dieser sie beanspruchen, nicht aber jener sie verlangen. Ihr Motiv liegt daher nicht in bestimmten Eigenschaften oder Mängeln der Untergebenen, sondern in dem Interesse der einheitlichen Leitung des Hauswesens durch den, der es zu vertreten hat. So wenig wie die Wehrunfähigkeit, so wenig ist Unreife der Geisteskräfte oder Unselbständigkeit wegen Geschlechtsschwäche u. dgl. Grund der Munt. Wir werden bei Darstellung der Vormundschaft nachzuweisen haben, dass die Minderjährigen vor den Nachtheilen, welche der Mangel gehöriger Verstandesreife für sie hätte herbeiführen können, die Frauenspersonen gegen Nachtheile aus ihrer Geschlechtsschwäche auf ganz anderem Wege geschützt wurden als durch die Munt. Unter Munt standen sie nur, wenn sie einem Hauswesen angehörten. Und über alle Hausgenossen besteht die gleiche Munt, mag auch der Grund, der sie in diese Gemeinschaft geführt hat, noch so verschieden sein. Weil sie dem Hauswesen angehören, müssen sie sich der gleichen Gewalt fügen. Allerdings enthält die Ausdehnung der Hausherrschaft über ihren natürlichen Kreis hinaus, wie sie uns in der Königsmunt und in einzelnen

Anwendungsfällen auf weitere Kreise einer Privatherrschaft schon seit der Merovingerzeit entgegentritt, bereits den Keim einer Abschwächung und in Folge davon einer Zersetzung des ursprünglichen Begriffes. Wenn trotzdem in allen diesen so verschiedenartig ausgebildeten Verhältnissen das, was von Munt darin steckt, immer auf dasselbe einheitliche Wesen zurückführt, so ist das ein um so bestimmterer Beweis dafür, dass wir es mit einem festen juristischen Begriffe zu thun haben.

§ 26. 3. Fälle der Munt.

Es ist eine durch die Natur der Sache gegebene Erscheinung, dass die Munt, je weitere Kreise sie zu ergreifen und zu beherrschen sucht, auch desto grössere Einbussen an ihrem ursprünglichen Wesen erleidet. Sie verleugnet darin ihren Ursprung aus der Hausherrschaft des Hausvaters nicht: ihre eigentliche Natur kann sie nur im Innern des Hauses entwickeln, über Personen, die dem Arme des Hausherrn täglich und stündlich erreichbar sind. Von diesem engsten Gebiete gehen wir aus.

Der Kreis der Muntleute eines Herrn besteht ursprünglich aus seinen sämmtlichen Hausangehörigen, aus seiner familia im weitesten Sinne; und wie dieser Begriff noch in später Zeit nicht auf Weib und Kind beschränkt ist, sondern die gesammte Ministerialität und Dienerschaft, selbst und gerade speciell die unfreie und halbfreie, eines Herrn umfasst, so dürfen wir wohl annehmen, dass in ältester Zeit, bevor die Begriffe Munt und Gewere sich schieden, alle diese Hausbewohner mit Frau und Kindern des Hausherrn unter der einen Munt vereinigt waren. Mögen wir immerhin annehmen, dass der Familiensinn, der im Kinde den Erben erblickte, ja schon der natürliche Trieb der Liebe zu seinem eigenen Fleisch und Blut eine bestimmte sittliche Grenze zwischen Gesinde und Weib und Kind zog, wir dürfen uns doch nicht davor scheuen, auch die letzteren von Rechtswegen in strengster Knechtschaft und Verfügungsgewalt des Hausvaters befindlich zu denken: von Tödtungs-, Verkaufs- und Aussetzungsrecht des Vaters sind nicht nur alle Sagen voll, sondern geben uns auch Reste aus historischer Zeit beredte Kunde.

Diese der Knechtschaft gleichkommende Unterthänigkeit findet ihren vollen Ausdruck in dem Worte des Tacitus, der von den Kindern sagt: pars domus videntur, d. h. das Gemeinwesen ignoriert sie, kennt blos den Hausherrn, der für alles, was sein Haus trifft und was von seinem Hause ausgeht, berechtigt und verantwortlich ist, den

man aber in seinem Hause frei schalten und walten lässt. Das ist der juristische Kern des Verhältnisses in ältester Zeit.

Sind aber Weib und Kind selber noch hörig in diesem Sinne einer vom Rechte schutzlos gelassenen, höchstens von der Sitte controlierten Unterwürfigkeit, so ist nicht denkbar, dass sich ein freier Mann in die Munt eines andern Freien hätte begeben können ohne völlige Preisgebung seiner ganzen Existenz im öffentlichen Leben, seiner freien Persönlichkeit im Gemeinwesen und damit auch seiner Vermögensrechte. So haben wir uns solche Unterwerfungen zu denken, wie es die Formeln Roz. 44 ff.[1] aussprechen: placuit mihi ut statum ingenuitatis meae in vestrum deberem obnoxiare servitium.

Aber zur Zeit der Volksrechte ist schon ein ungeheurer Fortschritt erzielt, er tritt, wie wir wissen, äusserlich wahrnehmbar schon in der Scheidung der Begriffe Munt und Gewere hervor. Nicht nur Frau und Kinder sind emporgehoben, wir finden schon im Beginne des Merovinger Reiches die Möglichkeit einer Ergebung in fremde Munt mit Vorbehalt des freien Standes allgemein anerkannt, der homo ingenuus in obsequio alterius der lex Rib. 31 ist einer, der sich in fremde Munt commendiert hat; der arme Mensch jener Formel Roz. 43 (Turon. 43), der von Hunger und Blösse zum äussersten getrieben se in mundeburdium commendat, verpflichtet sich zu servitium und obsequium doch nur ingenuili ordine. Seit diese Möglichkeit eröffnet ist, gewinnen die Muntverhältnisse eine gewaltige Ausdehnung, freie Leute treten in Menge unter die Dienstabhängigkeit grosser Herren, und ganze Klöster mit allem ihrem Grundbesitze ergeben sich in die Munt namentlich des Königs.

Das Verhältnis wird durch Commendation begründet, der Bedrängte se commendat in manus senioris, d. h. er ergiebt sich in die Gewalt und die Herrschaft eines Herrn. In zweierlei Beziehung erkennen wir bei diesen Commendationen das alte strenge Wesen der Munt: sie enthalten eine Unterwerfung unter die harte Zucht und die niedrigsten Dienste im Hause des Muntherrn, wie sich das daraus erweist, dass der Commendierte zum Vassus wird. Vassus aber ist der geringste Hausdiener[2], und wie konnte einer, der nihil haberet, unde se pascere et vestire posset, mehr erwarten und beanspruchen! Das zweite ist das, dass sämmtliche Habe, die ein solcher Mensch etwa

[1] Zeumer, Form. Turon. 10. Andeg. 19. 25 u. s. w.

[2] In Trad. Wizenb. Nr 17. 52. 159 heissen die männlichen Unfreien vasalli, neben den ancillae genannt: vasalli mei et puellae meae, quas ego intus sala mea habeo.

besitzen mochte, ebenfalls in die Vestitur des Herrn gelangte und damit seiner Gewalt anheim gegeben war, zum mindesten soweit, dass der Muntmann gegen den Willen des Herrn in keinerlei Weise über seine Habe verfügen konnte.

Zu letzterer Annahme nöthigt die Behandlung der Kirchen und Klöster, die sich in manum regis commendierten: sie ergaben sich damit in die volle dominatio und das umfassendste servitium des Königs, der die Kirche mit ihrem gesammten Besitze in seine Gewalt bekommt, ihr einen Verwalter setzt gleichwie seinen Hausgütern, zu Schenkung, Verkauf, Tausch von Kirchengut seine Einwilligung zu geben hat. Das folgt unmittelbar aus dem Wesen der Munt und beruht nicht auf besonderer Bestimmung der Capitularien, denn diese, soweit sie hier in Betracht kommen, besonders Cap. 829 c. 5 (Pertz I 351), stellen gar keinen Grundsatz auf, sondern schreiben die Rückgängigmachung von unvortheilhaften Täuschen ohne königliche Bestätigung vor, und Roth, Feudalität S 164 Anm 20 bemerkt, dass die königliche Genehmigung schon früher gewöhnlich war. Gewiss, sie ist eben mit innerer Nothwendigkeit gerade so alt wie das Mundium über Kirchen. Es geht durchaus nicht an, diese Munt über kirchliche Anstalten rechtlich irgend anders zu taxieren, als diejenige eines mächtigen Herrn über seine Muntleute, wie sich schon daraus ergiebt, dass die Meinungen über das Verhältnis, sobald man diesen allein zutreffenden Gesichtspunkt nicht festhält, in eine Unsicherheit auslaufen, bei der man sich etwas praktisch Ausführbares gar nicht mehr denken kann. Man hat etwa von publicistischer Munt des Königs über die Kirchen im Gegensatz zu privatrechtlicher Munt des Senior über seine Vassen gesprochen, oder sich geradezu mit dem nichtssagenden „Schutze“ begnügt, ohne zu untersuchen, wie sich dieser Schutz praktisch äusserte.

Ueberall, wo wir Munt finden, stammt sie aus einem und demselben Begriffe, ist sie das gleiche Institut. Aber die vielen Muntverhältnisse haben sich allerdings nicht einheitlich weiter ausgebildet. Zumal das innere Gebiet der Munt baut sich nach den individuellen Verhältnissen der Muntleute sehr mannigfaltig aus, und wo die Urzeit ein rechtliches Latifundium der Willkür des Hausherrn sich hatte ausbreiten sehen, füllt sich der Raum mit neuen verschiedenartigen Gestaltungen. Das wirkt mit Nothwendigkeit auch auf das Verhältnis nach aussen ein, die innere Umgestaltung verändert auch die rechtliche Vertretung des Untergebenen durch den Muntherrn nach aussen. Verschiedene Factoren sind bei dieser Scheidung der Muntverhältnisse thätig und wirksam. Höhere Gesittung führt zu milderer Behandlung

der durch Ehe und Blutsverwandtschaft dem Hausvater Verbundenen und schwächt die Munt auf diesem Gebiete fortwährend ab. Sodann in Bezug auf die weiteren Kreise der Muntleute muss die Herrschaft nothwendig eine schwächere werden, je mehr sie sich von ihrem ursprünglichen Boden des Hauses entfernt. Solang der Vassus unter den Augen des Herrn auf dessen Hofe beschäftigt wird und am Tisch des Hausvaters neben dessen Kindern und Unfreien sein Brot isst, ist sein Verhältnis naturgemäss ein anderes, als wenn er auf einem vom Herrensitze vielleicht weit entfernten Pachthofe eigenen Herd hat. Und vollends sondert die Lebensweise die Muntleute von einander: die durch Waffendienst und Waffenehre emporgehobenen Vasallen spielen auf ihrem Beneficialgute selbst wieder den Herrn und von der Munt bleibt schliesslich hier fast nichts mehr übrig, während bei den bäuerlichen Muntleuten das dingliche Element der Belastung von Grund und Boden mit Vogteisteuern mehr und mehr in den Vordergrund tritt und die dingliche Zugehörigkeit die persönliche Unterwürfigkeit ganz überwiegt.

Bevor wir aber diese verschiedenen Rechtsbildungen der letzten Stadien der Entwicklung betrachten, fassen wir Inhalt und Wirkungen der Munt in ihrer ältesten, für alle Muntangehörigen einheitlichen Form ins Auge.

4. Inhalt und rechtliche Wirkungen der Munt.

§ 27. a. Die Munt in ihrer ursprünglichen Einheit.

Für alle unter Munt stehenden Personen, Frau und Kinder, Freigelassene, Aldien bei den Langobarden, Liten bei den Deutschen, Vassen und Vogteileute u. s. f., gilt ursprünglich gleichmässig das Princip, dass der Muntinhaber nach aussen ihre Rechtssphäre absorbiert, dass das Recht im Verkehre mit Dritten nur ihn als den Herrn und Repräsentanten seines Hauses kennt.

Bei Delicten wird sich dieser Grundsatz sehr einfach praktisch äussern: aus einem Hauswesen heraus ist ein Verbrechen begangen, an dem Angehörigen einer familia ist ein solches verübt worden; wer es gethan, wen es betroffen hat, darnach frägt man nicht, sondern der Hausherr ist dort der Verantwortliche, hier der Geschädigte; dort wird er in eigenem Namen verklagt, hier klagt er in eigenem Namen. Wie lehrreich in dieser Beziehung die Formeln zum langobardischen Edicte sind, ist schon öfter bemerkt worden, doch mag hier eine kleine Auswahl zusammengestellt werden, damit sie zugleich zur Erscheinung bringe, wie sehr die Munt über Frau, Kinder, Pflege-

befohlene, Aldien, selbst noch Unfreie die gleiche, ein einheitlicher Begriff ist.

Lib. Pap. Roth. 26: Petre te appellat Martinus, quod tu fecisti aliquam injuriam ad Mariam suam mundoaldam[1]. Similiter fit de liberta. Entsprechend ib. Roth. 75. 198. 201.

Lib. Pap. Roth. 28: P. t. a. M. quod antestetisti in via ad unum suum servum vel ancillam vel aldium vel aldiam vel ad libertum vel ad libertam suam. Entsprechend ib. Roth. 377.

Lib. Pap. Roth. 139: P. t. a. M. quod tu aut Maria tua mundoalda temperasti venenum et dare voluisti sibi aut Marthae suae mundoaldae.

Ib. Roth. 258: P. t. a. M. quod ipse comprehendit Mariam tuam aldiam vel ancillam super furtum.

Ib. Grim. 7 expos. § 4: M. h. t. a. Johannes, quod Maria filia tua postquam eam in conjugium duxit, cum alieno viro adulterata est.

Ib. Grim. 8 exp. § 2: M. h. t. a. J. quod Maria filia tua sciens habere Emmam filiam eiusdem Johannis in conjugio super eam accessit ad Petrum in conjugio.

Ib. Liutpr. 59 (60): P. t. a. M. quod Marcoardus tuus aldius fornicatus fuit cum Maria puella aut muliere sua mundoalda.

So viel ist hieraus jedenfalls klar, dass den Dritten gegenüber der Hausherr selber berechtigt oder haftbar ist, sonst könnte er nicht in eigenem Namen klagen und verklagt werden. Bestritten dagegen ist, ob der Muntwalt im ersten Falle die Busse für sich behalten, im zweiten sie aus allfälligem Vermögen des Mündels bezahlen durfte. Gegenwärtig ist in der Litteratur vorwiegend die Meinung vertreten, dass der Muntwalt nur dann die Busse für sich selbst einziehe, wenn zugleich eine Verletzung seines eigenen Rechts vorliege. Eine Lösung der Frage ist das aber darum nicht im geringsten, weil ja eben streitig ist, ob der Mündel überhaupt ein Recht gehabt habe, ein Recht von ihm habe verletzt werden können. Jene Ansicht ist schon an sich auf eine petitio principii gestellt. Doppelt verdächtig wird dann die Richtigkeit jener Unterscheidung, wenn wir sehen, dass gerade die Hauptstelle, welche für Anfall der Busse an den Mündel zu sprechen scheint, Liutpr. 12, jedenfalls eine Verletzung des eigenen Rechtes des Muntwalts, nämlich Bruch seiner Munt durch Entführung des Mündels, betrifft. Ich meinerseits hege in Rücksicht auf den Charakter der Munt

---

[1] Diese Maria kann sowohl Ehefrau als Tochter des Martinus (Klägers) sein, weil Roth. 26 beide Fälle im Auge hat: si quis mulieri liberae aut puellae aliquam injuriam intulerit.

überhaupt keinen Zweifel, dass der Muntwalt die Busse für sich bezog, und da, wo er eine solche zu zahlen hatte, sie nehmen konnte woher er wollte. Schon darum, weil Niemand da war, der ihn controlierte, wie er das Geld verwende oder woher er es nehme. Das trifft freilich nur für die älteste Zeit zu. Eine Verblassung beginnt schon mit der ersten bestimmteren Sonderung der Mündelvermögen[2]. Im ganzen stimme ich Kraut bei, wenn er (Vormundschaft I 333) die Stellen des Edicts, welche dem Mündel selbst einen Theil der Busse zuwenden, als Neuerungen betrachtet. Zwei Hauptargumente hierfür werden immer ihre Kraft behalten. Einmal tritt die Busse an die Stelle der Fehde, die nur der Muntwalt erheben kann[3], daher er auch allein die Busse und zwar für sich muss fordern können, und sodann, speciell in Rücksicht auf das langobardische Edict: Vater und Bruder haben noch die volle Herrschaft über ihre Tochter, bezw. Schwester, ihnen ist manches gegenüber dieser ihrer Mündel gestattet, was einen anderen Muntwalt seine Munt kostet, darin ist ihre Munt noch viel alterthümlicher geartet[4]; dazu gehört nun auch als Bestandtheil dieses alten Rechts, dass sie die Busse für Frauenraub ganz für sich beziehen.

Noch entschiedener tritt die Neuerung, d. h. die Zurückdrängung der Munt, in den Formeln auf, die schon den Mündel selbst principaliter als Partei im Prozesse hinstellen. Das geschieht bei erwachsenen Frauenspersonen, von denen schon die Glosse zu Liutpr. 93 (92) bezeugt: carent mundoaldo saepe nunc.

Bezieht der Muntwalt die Busse für sich, weil seine Herrschaft in allen Fällen verletzt ist, so muss er auch im umgekehrten Falle unbedingt eigener Haftpflicht unterliegen, d. h. er kann sich nicht der Zahlung entziehen mit der Ausrede, dass sein verbrecherischer Mündel nichts besitze. Unbenommen mag ihm bleiben, ja ist sogar bei strengerem Muntbegriffe zweifellos, dass er sich an allfälligem Vermögen des Mündels erholt, aber wenn dieser nichts hat, so muss er eben selber zahlen, denn er ist für sein Haus und alles, was daraus geschieht, verantwortlich.

---

[2] Merkwürdig lex Bai. VIII 10: si cum manumissa, quod frilaza vocant et maritum habet, concubuerit, cum 40 sol. componat parentibus vel domino vel marito eius. Was gilt? parentes oder dominus oder maritus? Vgl. dazu 11 u. 12 u. V 9, wo theils parentes vel dominus, theils dominus allein.

[3] Vgl. Cap. 811 c. 7 (Boretius I 217): neque senior neque propinquus eius pro hoc nullam faidam portet. Cap. 850 c. 3 (Pertz I 406): si aliquis eius senior aut propinquus propter hoc (occisionem) vindictam facere conatus fuerit.

[4] Ed. Roth. 195—197, Liutpr. 12. 31 i. f.

Das fränkische Recht führt zu keinem andern Resultate:

Lex Rib. 31, 1 u. 2: Quod si homo ingenuus in obsequio alterius inculpatus fuerit, ipse qui eum post se eodem tempore retinuit, in praesentia judicis similiter sicut superius comprehensum est repraesentare studeat aut in rem respondere. Quod si eum non repraesentaverit, tale damnum incurrat, quale ille sustinere debuerat, qui in eius obsequio est inculpatus.

Der ingenuus in obsequio alterius ist der Muntmann, der sich zu obsequium ingenuili ordine (Turon. 43) commendiert hat. Damit stimmt die ständige Formel der Freilassungsbriefe (Roz. 72 ff., UB. St. Gallen Nr 417): ita ut deinceps nec mihi nec successoribus meis ullum debeat noxiae conditionis servitium neque aliquod libertatis obsequium.

Demnach wird von der lex Rib. in der Vertretung des freien Muntmannes und des unfreien Sklaven nach aussen kein Unterschied gemacht: der Herr soll seinen freien Muntmann, der eines Verbrechens bezichtigt ist, vor Gericht stellen oder selbst antworten: „sicut superius comprehensum est", d. h. wie es in tit. 30 bezüglich der interpellatio servorum vorgeschrieben ist. Nach diesem Titel aber hat der Herr die Wahl, die gegen ihn gerichtete Klage aufzunehmen und die Sache als die seinige behandelnd in rechtsförmlichem Verfahren (mit tangano) den Prozess als den seinigen zu führen, also die That zu leugnen, oder sich mit Unkenntnis entschuldigend den Unfreien zur Feuerprobe zu stellen. Besteht der Unfreie dieselbe nicht, so wird der Herr de furto servi culpabilis judiciert[5]. So soll es also auch bei dem ingenuus in obsequio alterius gehalten werden: mithin unbedingte Haftpflicht des Muntherrn für seinen Muntmann.

Kein Zweifel ist endlich, dass der Muntwalt das Wergeld eines getödteten Muntbefohlenen bezieht, selbst wenn dieser, etwa ein aldius, Verwandte in der Munt seines Herrn hat[6].

---

[5] Nach lex Sal. 40 bes. § 10 besteht wohl kein andres Recht und kein andres Verfahren (anders Sohm, Proz. d. lex Sal. S 145). Ebensowenig nach Cap. V ad leg. Sal. c. 7 (Behrend S 107), weil da schon vorausgesetzt ist, dass der Herr des Unfreien die Wahl für repraesentatio desselben getroffen hat und nun nur das diesbezügliche Verfahren beschrieben wird.

[6] Roth. 201. 129 mit der formula des lib. Pap. Cod. dipl. Lang. Nr 249 = Fumagalli, Cod. dipl. Nr 102. Lex Bai. IV 28, V 9. Cod. Lauresh. Nr 95 (v. J. 1023): werigildum occisi (ex familia S. Nazarii) domino suo auctor homicidii persolvat, et cum propinquis eiusdem interfecti reconciliationem faciat. Zwei Wergeldquittungen Roz. 467. 469 (= Zeumer, Lind. 19, Bign. 9).

So viel von den Delictsfällen. Es bleibt noch die vermögensrechtliche Seite und der Einfluss der Munt auf die Möglichkeit oder Unmöglichkeit eigenen Vermögens und von Rechtsgeschäften der Muntleute. Das langobardische Edict giebt uns reichlichen Aufschluss hauptsächlich in Betreff der Aldien, also einer grossen und wichtigen Classe der Muntleute.

Die Unfähigkeit der Muntangehörigen, eigenes Vermögen zu haben, ist in der historisch beglaubigten Zeit nicht mehr vorhanden. Dagegen kann ihr Vermögensrecht zutreffend mit dem Ausdrucke bezeichnet werden, den die deutschen Rechtsbücher für die Ministerialen brauchen: sie haben Vermögen, aber nicht „buten irs herren gewalt". Eine Urkunde von 964 im Cod. Cav. II Nr 225 spricht von allem ihrem rechtmässigen Erwerb, omnis vestrum justo conquisitum, aber sie sind mit allem ihrem Gute von dem Muntherrn durchaus abhängig, in omnibus nobis deserbiatis ubi aut qualiter nobis placuerit. Daraus folgt nach aussen absolute Vermögens- und Verkehrsunfähigkeit des aldius insofern, als der Herr alle Veräusserungen revocieren kann, denn was der aldius weggiebt, fiele aus des Herrn Gewalt. Daher muss nach Roth. 216 eine Freie, die einen aldius geheiratet hatte, und nach dessen Tod zu ihren Verwandten zurückkehrt, alles was sie nicht schon von ihren Verwandten in die Ehe gebracht, sondern von ihrem Ehemann erhalten hat, zurücklassen, gerade wie auch eine aldia, die einem Unfreien ehelich verbunden gewesen war, gemäss Roth. 217 nach dessen Tode nur cum rebus suis quantas secum ad maritum adduxit wieder fortziehen darf. Den Hauptgrundsatz spricht am deutlichsten aus:

Roth. 235: Non liceat haldius cuiuscunque, qui haamund factus non est, sine voluntate patroni sui terra aut mancipia vindere neque liberum dimittere.

Das stimmt fast wörtlich überein mit dem unmittelbar vorher, Roth. 233, vom servus Gesagten:

Servus cuiuscunque non liceat sine permissum domini sui neque terram neque mancipia neque qualemcunque rem vindere aut liberum dimittere.

Unfreie und Aldien stehen also hierin gleich, es ist noch durchaus der alte Zustand, dass alle in der Hausherrschaft eines Herren befindlichen Leute kein Vermögen zu freier Verfügung haben; was sie besitzen, beruht auf Herrengunst, nach aussen aber ist alles Herrengut, und ein Dritter, der von einem flüchtigen Sklaven Habe bei sich aufgenommen hat, muss sie nach Roth. 262 als Diebstahlssache herausgeben, ohne dass unterschieden wäre, ob es Gut ist, das der Flüchtige selbst erworben, oder solches, das er sich aus der

Gewere des Herrn ungehöriger Weise angemaasst hätte. Nur von dem servus massarius heisst es Roth. 234, er dürfe de peculio suo, von seinem Viehstande, in socio dare, vendere autem non nisi quod pro utilitate casae ipsius est, quatenus casa proficiat et non depereat. Diese Sätze erneuert Liutprand zunächst in seiner Notitia de actoribus regis c. 5 (Pertz IV 182): ut qui inventus fuerit ex servo aut de aldionem vel a pertinente de curte nostra aliquid emere, ipsum perdere habet, sicut qui res alienas malo ordinem invadit. Besonders dann Liutpr. 78 i. f. und 87.

Nun gilt aber was für die Aldien vorgeschrieben ist, auch für alle andern Muntbefohlenen. Zu Roth. 233 sagt die Glosse des lib. Pap. ausdrücklich: sine permissu domini; similiter fit de filio familias, quia ex contractu filiorum familias vel servorum non tenetur dominus vel pater. Ebenso bemerkt die Expositio zu Liutpr. 87 gelegentlich der daselbst wie in der Notitia vorkommenden Nebeneinanderstellung von servus, aldio und pertinens alienus: haec lex „pertinentem" pro filio vel uxore vel pro femina quae sub alterius mundio est posuit. Daher eine Formel dazu so lautet: Petre te appellat Martinus, quod ipse deposuit ad tuam uxorem tanta mobilia quae valebant solidos 100. — Tu non fecisti per meam jussionem. — Probet ipse qui appellat, quod fecit per suam jussionem. Diese Formel ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswerth: einmal ist der Muntwalt ohne weiteres der Beklagte in Sachen des Mündels, anderntheils aber lehnt er in Contractsfällen jede Verantwortlichkeit ab, wo ohne seinen Befehl ist gehandelt worden. Von sonstigen significanten Stellen bemerke man noch:

Roth. 204: nec aliquid de rebus mobilibus aut immobilibus mulier sine voluntate illius in cuius mundio fuerit habeat potestatem donandi aut alienandi.

Liutpr. 58: talem causam habere dicimus eum qui (ab infante) emit aut infiduciavit, qualem et ille habere videtur, qui de servo aut haldione emere aut infiduciare dinoscitur.

Daher lib. Pap. Roth. 170: contra legem est carta, quod non potuit filius meus tibi vendere terram, quia ipse erat in mea potestate.

So tritt auch in Bezug auf Rechtsgeschäfte der alte Charakter der Munt des deutlichsten zu Tage: der Herr absorbiert alles Recht im Verkehre mit der Aussenwelt. Und diesen Charakter hat die Munt im wesentlichen (mit einziger Beschränkung in Bezug auf Liegenschaftsveräusserungen) das ganze Mittelalter hindurch bewahrt: der Hausherr ist nach aussen die einzige gekannte, berechtigte und verantwortliche Persönlichkeit. Man mag, wie das regelmässig geschieht, von Vertretung reden, ihn als Vertreter bezeichnen, nur muss man

festhalten, dass er nicht als Vertreter seiner Frau, seiner Kinder auftritt, sondern als Repräsentant des Hauses, und als solcher, kraft seiner Hausherrschaft, persönlich berechtigt und verantwortlich ist.

Nach aussen also ist die Munt in allen Verhältnissen, wo sie besteht, gleichmässig wirksam, mag es sich um Vertretung von Weib und Kind oder um die Repräsentation von Vogteileuten handeln. Aber nach innen ist sie für alle die mannigfachen von ihr beherrschten Verhältnisse im Laufe der Zeit sehr verschieden wirksam geblieben: die Munt über die Ehefrau anders als die über die Kinder, die Munt über die Familienglieder anders als die über hörige Leute oder gar kirchliche Anstalten. Wir haben schon früher bemerkt, dass das nicht in dem Mangel eines bestimmten Begriffs der Munt seinen Grund hat: ursprünglich entsprach der absoluten Repräsentation der Hausangehörigen durch den Hausvater nach aussen auch eine ebenso absolute Gewalt desselben nach innen ohne Unterscheidung zwischen verschiedenen Classen und Arten von Muntleuten. Aber unter dem Einflusse fortschreitender Gesittung und verschiedenartig wirkender politischer und wirthschaftlicher Momente kam es in dem einen Muntverhältnisse zu einer Abschwächung, in dem anderen zu einer Verschärfung der Gewalt nach innen, wodurch die Sache, oberflächlich betrachtet, den Anschein gewinnen konnte, als habe es dem Muntbegriff überhaupt von jeher an einem festen juristischen Bestande, wenigstens für die inneren Beziehungen gefehlt. Manches hat auch die Munt in dem einen Herrschaftsverhältnisse eingebüsst, was sie in dem andern behauptet hat, während sie zu gleicher Zeit in diesem letzteren nach einer andern Seite eine Einbusse erlitt, welche ihr in dem ersteren erspart blieb.

Diese verschiedenen Gestaltungen wären jetzt noch zu erörtern. Aber es sei mir gestattet, die Muntverhältnisse des eigentlichen sog. Familienrechtes hier auszuscheiden. Wollten wir die Munt als das innere Herrschaftsverhältnis über Ehefrau, Kinder und Mündel hier behandeln, so müsste das entweder losgelöst von allen anderen familienrechtlichen Erscheinungen geschehen oder es müsste geradezu das ganze Familienrecht (Ehe und eheliches Güterrecht, väterliche Gewalt und Vermögensverhältnisse zwischen Eltern und Kindern, Vormundschaft) hier untergebracht werden. Das erstere würde einen an sich zusammengehörigen Stoff ungebührlich aus einander reissen, das letztere wäre, wenn auch der üblichen Systematisierung etwas fremdartig, immerhin an sich vollkommen zu rechtfertigen, aber es hätte den Uebelstand, dass in dem dabei zur Sprache kommenden Detail eine Menge Begriffe und Rechtssätze verwendet werden müssten, die

besser vorher untersucht und festgestellt werden. Darum schliesse ich die Muntverhältnisse über Ehefrau, Kinder und Mündel hier aus und behalte das Familienrecht späterer selbständiger Behandlung vor. Was uns hier noch zu beschäftigen hat, sind die Muntverhältnisse über die nicht zur Familie im engsten Sinne gehörigen Personen.

§ 28. b. Die Munt im Vasallenverhältnisse.

Es ist oben bemerkt worden, dass schon der Ausdruck vassus oder vasallus, welcher den geringsten Hausdiener bezeichnet, auf die strenge Gewalt des Herrn hinweist, welche ursprünglich durch die Commendation in fremde Munt begründet wurde. Aber wie sehr zeigt sich diese strenge Gewalt des Hausherrn schon im 8., vollends im 9. Jahrhundert durch heterogene Elemente zersetzt! Welch eine verhängnisvolle Umwandlung hat sich in drei Jahrhunderten vollzogen! Ihre Darstellung gehört der Verfassungsgeschichte an, weil politische Factoren hauptsächlich dabei wirksam gewesen sind. Juristisch betrachtet erscheint als das die Munt wesentlich beeinträchtigende Element der Treueid, also die Thatsache, dass die Vasallität ein öffentlich-rechtliches Moment, die Huldigung in sich aufnimmt. Das ist etwas ganz Neues, mit dem alten starren Muntbegriff eigentlich Unverträgliches. Die Commendation in die Munt ist im 6. Jahrhundert eine so vollständige Ergebung unter die Herrschaft des Muntherrn, dass ein Treueid als Abschwächung hätte erscheinen müssen, weil dadurch der Schein erweckt worden wäre, als sei ohne diesen Eid der Mann nicht gebunden, während er doch in Wirklichkeit durch die Hausherrschaft des Senior an sich schon zu allem Dienst verpflichtet war. Das Aufkommen des Treueides im Vasallitätsverhältnis ist daher der deutlichste Beweis dafür, dass der Vasall aufgehört hat Hausdiener zu sein, wie das in der That der Fall war, seitdem der Senior seine Vasallen mit Lehen und Gütern oft entfernt von seinem Sitze ausgestattet hatte. Darum ist auch der Senior nicht mehr der Repräsentant seiner Vasallen nach aussen in allen den Fällen, wo sie ausserhalb seiner Zucht und Aufsicht gehandelt haben, während diese Repräsentation fortdauert, sobald solche Zucht und Aufsicht geübt wird, und das ist noch im Kriegsdienste, auf Feldzügen der Fall. Wir erhalten darnach folgendes Resultat.

Die Vasallen (des Königs und der Grossen) sind dem Volksgerichte unterworfen[1]. Es ist anzunehmen, dass sie vor Volksgericht

[1] Cap. 781? c. 13. Cap. 809 c. 5 (Boretius I 191. 148).

direct klagen und verklagt werden konnten. Damit ist die Munt, als Repräsentation des Muntmanns durch seinen Herrn nach aussen gedacht, in ihrem innersten Bestande zerstört. Aber wie anders verhält sich alles in dem Falle, wo der Vasall im Dienste seines Herrn, also in der Regel auf einem Kriegszuge, auf den er seinem Herrn folgt, eine Beschwerde veranlasst. Da soll sich der Verletzte zuerst an den Senior wenden und ihn um Abhilfe ersuchen[2].

In einem einzelnen Falle[3] ist der Senior verpflichtet, einen Vassus, der eine Weisung des Missus nicht respectiert, vor den König zur Bestrafung zu stellen (praesentare). Das erklärt sich aus dem speciellen Charakter dieses Falles. Dagegen finden sich zwei Formeln (Rozière 427 und 428, Cart. Senon. 27. 30), worin ein von einem Vassus Verletzter an dessen Herrn das Ansinnen um Rechtshilfe und Bestrafung stellt, ohne dass solche Beziehung auf Verübung des Vergehens im Kriegsdienste ersichtlich wäre, ja wahrscheinlicherweise es sich um eine reine Civilsache handelt. Aber gerade diese Formeln dürften noch der vorkarolingischen Zeit angehören. Im Gegensatze dazu ergeben die karolingischen Capitularien, dass der Herr zuerst um Abhilfe und nöthigenfalls um Bestrafung des Vasallen blos dann musste angegangen werden, wenn es sich um eine Ungebühr des Vasallen während der Dauer eines Feldzuges handelte, wodurch ja immerhin nicht ausgeschlossen ist, dass überhaupt die Vermittlung des Herrn auch ausserhalb des Dienstes und in allen möglichen Angelegenheiten mochte nachgesucht werden. An eine verschiedene Behandlung der Civil- und Strafsachen hierbei zu denken lassen die Quellen kaum zu und ist auch aus Gründen allgemeiner Natur abzulehnen.

Es ist aber auch die Gewalt des Herrn selbst gegen den Vasallen, besonders die Strafgewalt, auf die Fälle des wirklichen Kriegsdienstes beschränkt. Das Cap. 825 c. 17 (Boretius I 305) legt dem Senior die Pflicht auf, diejenigen qui in suo obsequio in tali itinere (d. h. in exercitali itinere laut c. 16) pergunt, bei Vergehen zu strafen, wie auch Cap. 866 c. 10 für die auf dem beabsichtigten Zuge nach Benevent etwa durch Vasallen verübten Diebstähle den Herrn verpflichtet, solche Frevler mit der entehrenden Harneschar vor den König zu schicken.

Es lässt sich demgemäss das juristische Verhältnis der Vasallität für jene Zeit doch wohl etwas bestimmter fassen denn blos als „eine gewisse Abhängigkeit des Vasallen, eine gewisse Gewalt des

[2] Cap. 823 c. 3 i. f. (Boretius I 321). Cap. 866 c. 10 (Pertz I 505).
[3] Cap. 853 c. 4 (Pertz I 424).

Herrn"[4]. Dürfen wir nicht sagen: die alte Munt ist wirksam geblieben im wirklichen Dienste des Vasallen, dieser Dienst wird wesentlich im Kriege geleistet, da stehen die Vasallen wieder unter der unmittelbaren Disciplinargewalt des Herrn, bilden wieder seine Dienerschaft; hier, als Kriegsrecht, als Kriegsdisciplin, hat das alte Wesen der Munt sich erhalten? Während sonst, in Friedenszeiten, der Vasall dieser Gewalt entwachsen ist, blüht die Munt als alte strenge Hausherrschaft noch auf dem beschränkten Gebiete des Militärrechtes, zumal des Militärstrafrechtes.

Vollends das Vermögensrecht des Vasallen löst sich ganz von der Munt des Senior ab. Der Vasall hat Eigen ausserhalb der Gewalt seines Herrn und selbst sein Lehn und das daran bestehende Verhältnis entwächst immer mehr der Unterstellung unter das Muntprincip und erzeugt im Lehnrechte ein neues Abhängigkeitsrecht auf neuen Anschauungen. Wie wenig hat dieses Lehnrecht noch an sich von der ursprünglichen Quelle, aus der es geflossen ist! Es ist auch gar von Munt nicht mehr die Rede, die commendatio in mundeburdium ist ersetzt durch die commendatio in fidem, was auch wieder zeigt, dass der Treueid das persönliche Verhältnis geadelt und der Munt entzogen hat, und die vermögensrechtliche Abhängigkeit besteht nur noch für das Lehn und beruht bei diesem auf der (dinglichen) Leihe.

§ 29. c. Vogteiverhältnisse.

In dem ritterlichen Dienste und in der Waffenehre des Vasallen einerseits und in dem Hinausschreiten der Vasallität aus dem engen Hausverbande heraus andererseits haben wir die Motive gefunden, welchen die Munt im Lehnsverhältnisse unterlegen ist, so dass das Lehnrecht auf ein anderes, freieres Princip gestellt erscheint. Nicht so völlig abgeblasst wie hier, aber doch auch wesentlich geschmälert erscheint die Munt in demjenigen Abhängigkeits- und Herrschaftsverhältnisse des Mittelalters, welches als reines Vogteiverhältnis bezeichnet werden mag. Der Ausdruck Vogtei selber ist an sich sehr unbestimmt und vieldeutig, ich brauche ihn hier in dem Sinne einer niedern Gerichtsbarkeit eines Herrn über Leute, welche weiter in keiner grundherrschaftlichen Abhängigkeit von ihm stehen. Der Ursprung dieser Vogteien führt grossentheils auf Verleihungen seitens des Inhabers der öffentlichen Gewalt, des Grafen, an Herren meist des Ritterstandes zurück. In Folge der Veränderung des Kriegswesens seit

[4] Roth, Feudalität S 224. 227.

dem 10. Jahrhundert war für eine Menge zumal besitzloser freier Leute die Nothwendigkeit eingetreten, den Militärdienst durch eine an den Grafen und künftigen Landesherrn zu zahlende Steuer abzukaufen; dadurch aber war diese bäuerliche Bevölkerung, auch wenn sie nicht in einen grundherrlichen Hof gehörte, doch für die öffentliche Verfassung und die Betheiligung am öffentlichen Leben lahm gelegt; die Steuer konnte zum Gegenstand eines Lehns gemacht werden und der Inhaber der öffentlichen Gewalt gab sie in der That in Verbindung mit der niederen Gerichtsbarkeit an seine Ritterschaft zu Lehn. Diese Gerichtsbarkeit, früher Vogtei, später Patrimonialgerichtsbarkeit genannt, hat mit der Hofgerichtsbarkeit des Hofrechtes nichts zu thun, wie ja auch die ihr unterworfenen Vogteileute in bestimmtem Gegensatze zu den hörigen Leuten der Grundherrschaften stehen [1]. Was sie von den hörigen Leuten in entscheidender Weise trennt, ist die Freizügigkeit; diese Vogteileute haben Freiheit zu ziehen, wohin sie wollen, während die Hörigen eben, wie das ihr Name schon sagt, in einen bestimmten Hof gehören und glebae adscripti sind.

Diese Vogtei weist nun freilich von der alten Munt wenig mehr als den Namen auf, denn Munt und Vogtei ist im Grunde dasselbe, und Muntmannschaft und Vogteipflichtigkeit sind ursprünglich gleichbedeutende Ausdrücke [2]. Das Verhältnis hat einen ausgesprochenen publicistischen Charakter und bewegt sich auf öffentlich-rechtlichem Gebiete, wenn es auch, wie alle öffentlichen Rechte, den Formen des privatrechtlichen Verkehres anheim gegeben, und daher die Vogtei selbst Privatrechtsobject geworden ist. Aus diesem seinem Wesen folgt, dass die Wirkungen der Munt weniger auf rein vermögensrechtlichem Gebiete hervortreten, und dass sich die Vogteileute bezüglich der Führung ihrer Vermögensangelegenheiten freier bewegen als Angehörige der familia des Hausherrn. Aber was noch von alter Munt in diesem Verhältnisse steckt, ist nichts von den übrigen Muntfällen Verschiedenes; für den Verkehr vor den Grafen- und Landgerichten bedürfen diese Vogteileute der herrschaftlichen Repräsentation, und was sie von liegendem Gute besitzen, können sie der Vogtei nicht

---

[1] v. Wyss, Die freien Bauern, in Z f. schweiz. R XVIII 179 sagt von dieser niederen Vogtei sehr richtig: „Blosse Erweiterung grundherrlicher Rechte kann sie nicht sein, da die eigenen Güter des Vogtes, wenn solche vorhanden sind, regelmässig nur einen geringen Theil des Gebietes der Vogtei ausmachen und überhaupt Grundherrschaften weltlicher Herren, die ganze Gemeinden umfassen, in der Ostschweiz nur sehr selten sich finden.“

[2] Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte V 253. Zöpfl, Alterthümer II 164 ff.

entziehen, schon darum nicht, weil die Güter direct mit den vogteilichen Lasten beschwert sind.

Es mag an dieser kurzen Bemerkung über die reine Vogtei genügen. Ein näheres Eingehen würde auch auf ein verfassungsrechtliches und rechtsgeschichtliches Gebiet führen, das unserem Zwecke ferne liegt. Die Vogtei über Kirchen sodann, die mit dieser eben erwähnten sich in manchem berührt, wird in § 64 Berücksichtigung finden. Ueber die weitaus wichtigere Ausbildung des Muntgedankens, welche in den hofrechtlichen Zuständen der Hörigkeit stattgefunden hat, soll der folgende Paragraph handeln.

Vorher sei nur noch kurz ein in den Städten sehr verbreitetes Institut erwähnt, das mit der alten Munt sowohl den Namen als das eigentliche Wesen der Hausherrschaft gemein hat. Die vielfach vorkommenden Muntmannen[3] sind in der That freie Hausdiener ganz in der alten Weise der fränkischen Muntleute. Bekannt ist die Nachricht bei Königshoven S 304, welcher von den Strassburger Handwerkern erzählt, dass sie in ihrer Armut kein Recht fanden, sie machten sich denn an einen edlen Mann in der Stadt, dem sie „jores dienten, also zu den dörfern ein gebure sime herren dienet". Später scheint dieses Verhältnis nach der Richtung ausgeartet zu sein, dass diese Muntmannen vielfach zu einem Raufgefolge der Herren in der Art der italienischen bravi sind verwendet worden.

d. Hörigkeit.

§ 30. α. Begriff der Hörigkeit.

Die Hörigkeit und die Hörigen werden gewöhnlich im Standerecht abgehandelt, aber doch eigentlich mit Unrecht, denn es gab keinen Stand der Hörigen, und ein für juristische Verwerthung im Ständerecht brauchbarer technischer Begriff ist Hörigkeit nicht, wie denn auch die vorzugsweise in der älteren Litteratur vertretene Ansicht, dass Hörigkeit eine mildere Art der Unfreiheit, Hörige also immerhin Unfreie gewesen seien, nicht zu begründen ist. Schon der ältesten Rechtssprache ist der Ausdruck sehr bekannt und begegnet uns in den pertinentes der Volksrechte als einfache Bezeichnung der Leute unter fremder Gewalt, d. h. der Muntangehörigen, daher die Glossa Cav. 113 (Pertz IV 656) mundium als pertinencia erklärt. Kann hierbei auch der Grad der Abhängigkeit ein verschiedener sein, so werden doch gerade die Unfreien nicht als pertinentes aufgeführt,

---

[3] v. Maurer, Gesch. der Städteverfassung in Deutschland II 21. 76. 235 f.

die Notitia de actoribus regis von Liutpr. 5 stellt neben einander servus aut aldio vel pertinens de curte nostra, und in der lex Sal. 46 § 1 (homo qui ei non pertinet) ist unter dem pertinens gerade am ehesten ein freier Muntmann zu verstehen. Mit der Bildung der Hofverfassung und des Hofrechts ist der Ausdruck Hörige für die einem grundherrlichen Hof und dessen Hofrecht zugehörigen Leute gebraucht worden, umfasst also freie Censualen und Unfreie, woraus sich genügend ergiebt, dass es sich um keine ständische Bezeichnung handelt.

Die Hörigkeit des Mittelalters im Sinne der Unterwürfigkeit unter Hofrecht und Hofherrschaft ist nichts anderes als die Entwicklung der alten Muntmannschaft, wie die Grundherrschaft ja auch nur die Ausbildung der alten Munt ist. Denn die Hofgenossenschaft ist die familia des Grundherrn, die Hoforganisation ein erweitertes Hauswesen, und diese Auffassung des Verhältnisses als eines familiären hat hier entschieden die Oberhand behalten, während sie beim Vasallitätsverbande verloren gegangen und bei der reinen Vogtei nie zur Geltung gekommen ist; daher heisst auch eine Hofgenossenschaft etwa das gedigene, d. h. die Dienerschaft des Herrn. So ist denn auch alles, was man sonst gern als Standeswirkung der Unfreiheit hinstellt, jene persönlichen und dinglichen Lasten und Beschränkungen aller Art, denen die hörigen Leute unterliegen, Kopfzins, Buteil, Besthaupt u. s. w., nicht Ausfluss ständischer Zurücksetzung, sondern Wirkung der Angehörigkeit unter einen Herrn und dessen Hofherrschaft. Das alte Mundialprincip ist hier, in der Grundherrschaft, zur intensivsten Entwicklung gediehen, zu einer Zeit, da es auf seinem ursprünglichen Boden, dem der Familie und des Hauses, schon in Abschwächung begriffen war.

Indem wir die Grundherrschaft als die Erweiterung der fränkischen Munt zu betrachten haben, welche in ihr zu ihrer umfassendsten und ausgebildetsten Erscheinungsform gelangt, nehmen wir zugleich wahr, dass alle charakteristischen Eigenschaften und Wirkungen der Munt auf diesem Boden zu präcisestem Ausdrucke gelangt sind. Der Hörige ist glebae adscriptus und ermangelt des freien Zugs, er hat es nicht in seinem Belieben, selbst nicht wenn er freien Standes ist, sich der Hofhörigkeit durch Wegzug zu entziehen. Darum tritt die Repräsentanz des Herrn nach aussen hier in schärfster Weise hervor. Das Landrecht und das Landgericht sind den Hofhörigen verschlossen. Die Welt, in der sie leben, der Verkehr, in welchem sie sich bewegen, ist von der Grundherrschaft umfasst. Die Hofgenossenschaft ist das Gemeinwesen, worin sich die Rechtspersönlichkeit der Hörigen bethätigt, und zwar in verhältnismässig freier und ungezwungener Weise,

aber zwischen dieser Hofgenossenschaft und der Aussenwelt steht der Grundherr, und er vertritt sein Herrschaftsgebiet mit allem, was darin lebt und webt, im Conflict mit den Freien des Landrechtes; und wo es sich um Rechtsbeziehungen zwischen Angehörigen verschiedener Grundherrschaften handelt, sind es die beiderseitigen Grundherren, welche als die eigentlichen Parteien erscheinen und unter sich in Minne oder im Prozesse die streitigen Sachen erledigen.

Besonders aber ist es das innere Verhältnis der Munt, welches in diesen grundherrlichen Zuständen seine festeste Ausprägung gefunden hat, und durch die Fülle der Quellen, die davon handeln, wohl auch das ursprüngliche Wesen der Munt, das in dieser Richtung durch die Quellen der fränkischen Periode weniger deutlich beleuchtet ist, zu klarer Erscheinung bringt. Hier zeigt sich recht bestimmt der Charakter der Munt als eines Gewalt- und Herrschaftsbegriffes.

Es sind drei Hauptpunkte, in denen sich diese Wirkung der Munt äussert, drei Punkte, die nicht, wie es oft geschieht, als Aeusserungen der Unfreiheit dürfen betrachtet werden, sondern als solche der Munt über Freie so gut wie der Herrschaft über Unfreie: persönliche Zinspflicht, Erbgebühr und Ehebeschränkung[1]. Ihr Ursprung aus der Munt und nicht aus der Unfreiheit zeigt sich von allem anderen abgesehen darin, dass auf den Stand des Pflichtigen nichts ankommt, und dass die Erbgebühr schon früh die Neigung hat und ihr rückhaltlos nachgiebt, zu einer auf dem Gute ruhenden Reallast zu werden, die jeder Erwerber des Gutes übernimmt, ohne deshalb seinen Stand zu ändern.

§ 31. β. Kopfzins.

Der Kopfzins, census capitis, Leibzins, war eine persönliche Steuer, die jeder Hofhörige, von einem gewissen Alter an, der Grundherrschaft entrichtete. Sie hatte sich nach den Landesgegenden oft für weitere Kreise mehr oder weniger übereinstimmend fixiert; wie man ganze Familien von Hofrechten wahrnehmen kann, und das Recht eines angesehenen Hofes für eine Menge benachbarter Höfe maassgebend wurde, so wurde dann auch dieser Zins gleichmässig aufgelegt. Von ihm leitet sich der Ausdruck censualis her, die gemeinsame Bezeichnung für freie und unfreie Hintersassen. Es ist dadurch nicht ausgeschlossen,

[1] Martene et Durand, Coll. Script. I 362 (v. J. 1002): Ernoldus schenkt dem Kloster St. Amand eine Villa mit 106 Hörigen, quae familia unoquoque anno in festivitate S. Amandi persolvat de respectione capitis (Kopfzins) II denarios, de mortua manu (Erbgebühr) VI, de licentia maritali (Ehesteuer) VI simili modo.

dass dieser Kopfzins seinem allerersten Ursprunge nach eine Unfreiheitsabgabe war, aber die Uebertragung auch auf freie Abhängigkeitsverhältnisse war um so leichter, als die Munt über freie Leute, ohnedies schon auf strenge Unterthänigkeit gestellt, in diesen bäuerlichen Grundherrschaften nothwendig auf Annäherung an die Unfreien bezüglich der Hofabgaben hindrängte. Diese Tendenz auf gleichmässige Behandlung aller in einer Grundherrschaft befindlichen hörigen Elemente erklärt es, dass schon früh auch Freie zu solchen unter Kopfzins stehenden Censualen geworden sind[1], und dass derselbe überhaupt mit seltenen Ausnahmen alle Hörigkeitsverhältnisse begleitet.

Der Kopfzins wird meistens in einer Geldsumme angesetzt, bekannt ist aber auch die häufige Auflage desselben in Wachs bei geistlichen Stiftern, wovon die damit Belasteten den Namen Wachszinsige, cerocensuales, erhalten haben. Der Wachszins war für eine weniger erniedrigende Abgabe angesehen, als das zumal in alten Unfreiheitsverhältnissen übliche Leibhuhn, daher er auch häufig denen aufgelegt ist, die zum Rechte der tabularii freigelassen waren.

§ 32. γ. Erbgebühr.

Es ist schon oben gesagt worden, dass die unter Munt stehenden Personen eigenes Vermögen haben konnten. War es doch sogar den unfreien Bauern ermöglicht, zu eigenem Erwerbe zu gelangen, wie wir aus Quellen schon früher Zeit erfahren, welche von einem peculium der servi reden, anfänglich allerdings mit recht beschränkter Verfügungsbefugnis (Ed. Roth. 234), nachher aber doch so, dass sich der Unfreie damit loskaufen kann[1]. Die lex Fris. 11, 2 berichtet dasselbe von den Liten. In das Hofrecht traten also selbst die Unfreien schon mit der Fähigkeit ein, eigenes Vermögen zu haben, und bei aller Neigung, die unter Hofrecht vereinigten freien und unfreien Elemente einander zu nähern, konnte es sich nicht mehr darum handeln, die ursprünglich freien Muntleute auf eine Stufe absoluter Vermögenslosigkeit herabzudrücken, welcher ja selbst die Unfreien schon entwachsen waren; im Gegentheil übte die bisher bestandene Vermögensfähigkeit der freien Hofhörigen einen emporhebenden Einfluss auf die Zustände der Unfreien, und die im Hofrechte sich vollziehende Ausbildung der

---

[1] Besonders beachte man die Regelmässigkeit des Kopfzinses auch für freie Zinsleute in den ältesten bairischen und oberösterreichischen Traditionen, in den Mon. Bo. und UB. des Landes ob der Enns, z. B. den constanten census V denariorum der Trad. Richersperg. u. s. w.

[1] Zöpfl, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte II 138.

vermögensrechtlichen Verhältnisse der Hörigen wurde im wesentlichen gleichheitlich für Freie und Unfreie.

Der Hauptpunkt, um den sich die Entwicklung bewegt, ist das Erbrecht. Denn der Verkehr des Bauern unter Lebenden hat seinen gewiesenen Weg. Was der Hofhörige hat, besitzt er in des Herrn Gewalt, d. h. er darf es nicht aus der Grundherrschaft wegziehen, innerhalb derselben aber ist er freien Verkehrs theilhaftig, und das Recht des Herrn ist genügend gewahrt durch seine Controle, wie er sie als Gerichtsherr im Hofgerichte bezüglich des vor demselben sich vollziehenden Rechtsverkehres an den Hofgütern übt. Was aber sollte bei Tod des Bauers mit seinem Vermögen geschehen?

Die Hofrechte unterscheiden durchgängig die zwei Fälle, dass einer ohne Leibeserben oder mit Hinterlassung solcher stirbt. Im ersten Falle ist das Recht viel strenger zu Gunsten des Herrn. Ursprünglich nahm der Grundherr die ganze Verlassenschaft an sich[2], spätere Entwicklung scheint zu sein, dass der Herr blos die Fahrnis an sich zog, das liegende Gut den Verwandten überliess[3]. Allmählich wurde auch in solchem Falle Vergabung auf den Todesfall gestattet, nach den Voraussetzungen des Landrechts bezüglich Körperkraft[4], zuerst mit Consens des Herrn[5], was später weggefallen ist. Dieses Erbrecht der Verwandten stand immerhin unter der selbstverständlichen Voraussetzung, dass dieselben dem gleichen Hofe angehörten.

Waren Leibeserben vorhanden, so reducierte sich das Recht des Herrn noch mehr. In solchem Falle knüpfte das Hofrecht, indem es ein Erbrecht der Kinder grundsätzlich sanctionierte, die Regelung desselben an die aus dem Landrechte bekannten Vermögenscomplexe von Erbe, Heergewäte und Gerade an. Das Gut selbst mit dem nothwendigen Inventar verblieb ohne weiteres, vorbehältlich einer Handänderungsgebühr (Handlohn), den Kindern; die dann noch übrig bleibende Fahrnis war der Viehstand einer- und der Hausrath und Kleidungsvorrath andererseits, für welch letztere Bestandtheile die Ausdrücke Heergewäte und Gerade verwendet werden, und zwar auch in Süddeutschland, dessen Landrecht doch diese Begriffe schon nicht mehr kennt.

---

[2] Grimm, Weisth. I 2 Z. 10 v. o., I 3 Z. 21 v. u., I 642 § 16, III 346 und sonst.

[3] Grimm, Weisth. I 140 § 11, I 190 Z. 16 v. o., I 246 Z. 6 v. o., I 275 Z. 24 v. u., I 290 Z. 14 v. u., III 207. 212. 201. 185. 189. Vgl. unten Anm 6.

[4] Grimm, Weisth. I 106. 245 f. 263, III 150 § 44, III 877 Z. 6 v. u.

[5] Grimm, Weisth. I 21 § 28 u. s. w.

Bezüglich dieser Vermögenstheile nun finden sich zwei verschiedene Systeme.

Die meisten niederdeutschen und insbesondere westfälischen Hofrechte (nicht alle) setzen das Erbverhältnis in der Weise fest, dass dem Herrn das „vierfüssige Gut", also das sämmtliche vorhandene Vieh zur Hälfte, Heergewäte und Gerade dagegen ganz zukommt.

In den oberdeutschen (besonders allen schweizerischen) Offnungen sehen wir dagegen diese umfassende Berechtigung des Herrn im Interesse der Kinder sehr gemildert. Sie geben dem Herrn statt der Hälfte der ganzen Herde nur das beste Stück Vieh und ferner (obschon dies nicht durchgängig) anstatt des ganzen Heergewätes und der ganzen Gerade blos das beste Stück davon.

Wir bezeichnen jenen niederdeutschen Rechtszustand als das System der Erbtheilung, diesen oberdeutschen als das System des Falls.

Es leuchtet ein, dass das erstere System strengeren und also im ganzen älteren hofrechtlichen Zuständen entspricht, woran nichts ändert, dass der „Fall" gelegentlich schon recht früh vorkommt. In Süddeutschland und zumal in der Schweiz erscheint in der That die Hofhörigkeit und namentlich die Unfreiheit viel früher gemildert, und es hat selbst die Ansicht vieles für sich, dass schon mit dem 15. Jahrhundert die eigentliche Leibeigenschaft in der Schweiz verschwunden sei.

Das Erbtheilungsrecht des Herrn heisst in der alten Sprache bûteil, Buteilrecht. Nach Grimm, RA S 364 f. ist das Wort „zu deuten aus bû, praedium rusticum, vielleicht auch wie im Altnordischen armenta"; es wäre also, da die Sache selbst entscheidend für armenta spricht, nichts anderes als Viehtheilung[6]. In Süddeutschland ist der Buteil schon früh abgeschafft worden, z. B. für Speier durch das Privileg Heinrichs V. v. J. 1111, die späteren Offnungen kennen ihn nicht mehr und haben ihn durch das Besthaupt ersetzt.

---

[6] Grimm, Weisth. III 185 Z. 13 v. u.: so sullen de houesscholten vor de erffdelinge nemen de helfte des viervotigen gudes und nicht meer; III 165 § 3: decanus et capitulum habebunt dimidietatem omnium bonorum mobilium relictorum, scilicet dimidietatem equorum, ovium, boum, vaccarum et aliorum pecorum . . . . Vgl. III 189 Z. 16 v. u., III 56 Z. 10 f. v. o., III 212 Z. 10 v. u., III 207 Z. 3 v. u., III 198 § 5, III 103 § 8, III 202 Z. 18 v. u. Sterben Mann und Frau, so nimmt der Herr alles; die Theilung zwischen überlebendem Ehegatten und Herrn ist vielleicht ein nicht zu unterschätzendes Moment für Beförderung der ehelichen Gütergemeinschaft in manchen Hofrechten gewesen. Vgl. Grimm III 195. 198 § 5. Waitz, Deutsche Verfassungsgesch. V 241 Anm 1 u. 2.

Dass der Buteil selbst schon Abschwächung ursprünglich ausschliesslichen Rechtes des Herrn auf den Nachlass des Hörigen ist, zeigt die bisweilen übrig gebliebene Ausdehnung desselben auch auf andere Fahrnis, wie etwa bei Grimm III 32. 56 u. a. alles gereite Geld und Gold, Silber und Edelsteine, Speisevorräthe, Wagen, die ausgeliehen werden (also nicht zur Landwirthschaft gehören), getheilt werden müssen.

Das Recht des Herrn auf Heergewäte und Gerade erklärt J. Grimm, RA S 585 als Usurpation, d. h. als missbräuchliche Ausdehnung des Mortuars auf den ganzen Fahrniscomplex, aus welchem eigentlich nur das beste Stück hätte gewählt werden dürfen; doch scheint das Verhältnis eher das umgekehrte gewesen zu sein. Es ist uraltes Hörigkeitsrecht, in ganzer Strenge freilich oft blos noch bei den Eigenleuten festgehalten[7]. Welche Gegenstände die Weisthümer zu Heergewäte und Gerade rechnen, ist bei Grimm, RA S 569—582 in einer Menge von Verzeichnissen zusammengestellt: im wesentlichen schliessen sich diese Kataloge an den landrechtlichen an, nur treten die Waffen vielfach schon zurück hinter den Handgeräthen wie Axt, Beil, Bohrer, Messer; die Geradegegenstände stimmen schon viel entschiedener mit dem landrechtlichen Kataloge.

Auch in Bezug auf Heergewäte und Gerade zeigt sich ein allmähliches Zurücktreten des Herrn gegenüber den Verwandten, zuerst gegen Sohn und Tochter, selten noch weiter. In solchen Hofrechten, welche dem Herrn nicht mehr Heergewäte und Gerade ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Kindern zuerkennen[8], findet sich dann meist festgesetzt, dass der Sohn das Heergewäte, die Tochter die Gerade erbt, entsprechend dem Landrechte, und dass der Herr mangels von Söhnen das Heergewäte, mangels von Töchtern die Gerade bezieht[9].

Dieses Recht des Herrn auf die exuviae, Heergewäte und Gerade, war hart und drückend und wurde daher abgeschüttelt, wo es anging, namentlich in höheren Dienst- und Ministerialitätsverhältnissen, wie zumal die Dienstrechte zeigen[10].

---

[7] Grimm, Weisth. III 202: so dar eyn man iss, die der prouestie eigen ist, vnd sterved, gebort dem praueste dat hergeweide. Iss ehr frig, so kumpt dem negsten bloide tho. Grimm, RA S 572.

[8] So noch Grimm, Weisth. III 194. 196 f. 43 f. 202. 32 f. 147 § 11 u. 13. 56. 185.

[9] Grimm, Weisth. III 189. 201. 52. 165 § 3. u. öfter.

[10] Westfäl. UB. (Wilmans) III Nr 296: prefati milites in eo quod in vulgari herewede nuncupatur, dicto F. non erunt adstricti; Nr 334: liberi post mortem pa-

Den Fall oder das Besthaupt, Kurmede, mortuarium, Hauptfall, Hauptrecht, betrachte ich schlechthin als die Abschwächung des Buteils[11]: statt der Hälfte des Viehstandes wird das beste Stück genommen, nach Wahl des Herrn, daher Kurmede. Daran ändert der Umstand nichts, dass später, da seine Herkunft verdunkelt ist, die Weisthümer auch verschiedene Auffassungen von ihm haben. Deren giebt es vorzugsweise drei:

1) Der Fall ist reine Folge der Hörigkeit und wird bezogen ohne Rücksicht darauf, ob der Verstorbene ein Gut besessen hat oder nicht[12].

2) Der Fall ist als eine Art Ehrschatz bei Tod des Bauern (des Empfahenden halb) zu entrichten. Eine immerhin schiefe Auffassung, die sich aber leicht bilden konnte auf Grund des äusserlichen Zusammentreffens der Entrichtung des Falls und zugleich des Wiederempfangs des Gutes durch die Kinder. Daher heisst es: da der val wirt gürichtet, da mitte hant des gotzhus eigenlüte empfangen len und erbe[13].

3) Das Besthaupt ist gleich dem Grundzinse eine Abgabe vom Gute geworden[14], wird wegen des Hofgutsbesitzes und für denselben gegeben, und das Gut ist geradezu als fallpflichtig, fallbar bezeichnet. Von halben Hufen wird daher halber Fall entrichtet[15], von mehreren Hufen, die einer zusammen erwirbt, zahlt er mehrere Fälle, selten blos einen[16]. Diese dritte Auffassung ist doch wohl nur die weitere Entwicklung der zweiten: war durch Generationen hindurch der Fall als Ehrschatz entrichtet und das Gut dagegen empfangen worden, so

---

rentum non dabunt partem hereditariam decano que in vulgari dicitur herwede, sed libere recipient a decano dicta bona nomine feodali. Nr 639. 707. Noch im Lehnrechte ist übrigens das relevium, das der Lehnsmann an den Herrn entrichtet, Pferd und Waffen, ein Ueberbleibsel der alten strengen Munt in der Vasallität; auch das Heergewäte kommt ja urkundlich im Lehnrechte als Leistung des Mannes an den Herrn noch vor: Homeyer, Ssp II 2 S 475.

[11] Anders Waitz, Deutsche Verfassungsgesch. V 241 f., ohne doch sagen zu können, was der Unterschied ist.

[12] Grimm, Weisth. I 816: vallent von dem libe und nicht von dem gute; I 10. 187. 735. 150. 169 u. a.

[13] Grimm, Weisth. I 2. 3. 32. 161. 326 § 8: das Gotteshaus soll nehmen den Fall, und soll das Gut verschatzet sein; II 521. 652 und viele andere.

[14] Grimm, Weisth. I 28. 53. 61. 656 § 15. 739. 520, II 145 u. s. f. Durchkreuzung von 1 u. 2: I 653.

[15] Grimm, Weisth. I 517 Z 22 v. u.

[16] Grimm, Weisth. I 302. 312, III 759. Bei Gemeinderschaft von Brüdern in ungetheiltem Gute verfällt Besthaupt blos bei Tod des ältesten, an der Spitze des Hauswesens stehenden: Grimm I 3. Vgl. u. § 52 gegen Ende.

war die Meinung begründet, dass die Güter damit belastet seien, und der Begriff der fallbaren Güter war fertig. Juristisch lässt es sich weiter nicht recht begründen als aus der Neigung aller solcher Abgaben zu dinglicher Radicierung, und diejenigen Weisthümer, welche das Bedürfnis nach einer solchen Begründung empfinden, gerathen in ihrer Verlegenheit wohl auf seltsame Erklärungen, so das Weisthum von Buch (Niederbaiern), Grimm III 638 § 7: das ist darumben ob er mit diensten im leben unserm gotzhaus icht brochen hiet, das soll er mit dem totfal erfüllen, im Anschluss an die verdächtige Urkunde Heinrichs II. von 1015 (Grimm, RA S 365): censum ultimum, per quem omissa vel neglecta solvuntur servitia, jus videlicet capitale.

Wie das Besthaupt Abschwächung des Buteils, so ist der Gewandfall Ueberrest des Herrenrechtes auf Heergewäte und Gerade. Er erscheint daher cumulativ mit dem Hauptfall[17], doch auch schon sehr häufig (eine weitere Milderung) nur dann, wenn kein Vieh vorhanden ist, so dass er dann blos als Surrogat des Hauptfalls dient[18]. Bei dem Gewandfalle hat sich die Beziehung auf die Person des Hörigen, seinem Ursprunge gemäss, viel entschiedener erhalten[19].

§ 33. δ. Ehebeschränkungen.

Ehebeschränkungen waren schon von vorneherein durch den Begriff der Hörigkeit und den Bestand der Hofverfassung in der Richtung gegeben, dass die Hörigen nicht die freie Wahl des Ausheiratens aus ihrer Genossenschaft hatten, weil damit das Ausscheiden aus der Hofherrschaft verbunden war. Das ist ja auch von jeher das am schwersten wiegende Argument für Bekämpfung der Hörigkeit gewesen; denn alles andere, persönliche Abhängigkeit vom Grundherrn, Vermögenslosigkeit des Hörigen oder doch wenigstens Erbrecht des Herrn, kann durch Gesetz oder Sitte auf einen für den Hörigen erträglichen Stand gebracht, ja fast auf nichts reduciert werden, ohne die grundherrschaftlichen Verhältnisse und das Hofrecht selbst zu afficieren, aber die Ermöglichung einer durch freie Wahl bestimmten Ehe des Hörigen scheint an dem Wesen der Hörigkeit selbst zu scheitern, die Ehe ist von vorneherein nur zwischen Angehörigen einer

---

[17] Grimm, Weisth. I 140 § 8 ff., I 267 Z. 22 v. u., I 240 § 8 u. s. w. Oft Theilung der Fälle, Hauptfall dem Herrn, Gewandfall dem Meier oder Keller, das. I 75 § 7, I 106 Abs. 5 u. s. w.

[18] Grimm, Weisth. I 28. 32. 53. 293. 326 § 8. 816.

[19] Grimm I 61 Z. 25 v. u.: das frowen vnd man die weder erb noch lechen von dem gotzhuss hand, ze fäl geben sond von ir lyb das best gewand.

und derselben Grundherrschaft möglich, weil gegentheiligen Falls derjenige der Eheschliessenden, der dem andern in seine Wohnung folgen würde, seiner bisherigen Herrschaft verloren ginge.

Das alte Hofrecht war noch strenger, es verbot nicht nur die Ehen nach auswärts, sondern gab auch dem Grundherrn die Gewalt, seine Hörigen zu Heiraten zu zwingen, und dieser Zwang wurde gern geübt behufs Mehrung des Bestandes der Hörigen auf der Grundherrschaft, da die Zahl derselben in alter Zeit dem energisch betriebenen Anbau durch Rodung nicht genügte, und der Mangel an Arbeitskräften oft zu momentanem Aufgeben von Gutsstellen (mansi absi) nöthigte. Dieser Heiratszwang ist im Mittelalter meist verschwunden, doch findet er noch hie und da Erwähnung[1]. Uebte der Herr auch keinen Zwang mehr, so hatte er doch seine Einwilligung zu Heiraten seiner Hörigen zu geben, und für diesen Consens wurde eine Abgabe entrichtet, welche maritagium, Bumede, Bedemund heisst, wobei hier ununtersucht bleiben mag, ob sie schlechtweg eine Gebühr für den Consens war oder wirklicher Loskauf vom Herrn nach Analogie des volksrechtlichen Brautkaufs, oder gar Loskauf vom Rechte des Herrn auf Genuss der Töchter seiner Grundherrschaft, wofür einiges spricht[2], abgesehen von dem, was Gelehrte über das jus primae noctis ermittelt haben.

Des strengsten wurde aber anfangs darauf gehalten, dass bei Heiraten der Kreis der Genosssame nicht überschritten wurde. Ehen konnten nur zwischen Angehörigen derselben Grundherrschaft und zwar desselben Hofes (Dorfes) geschlossen werden. Verschiedene Herren wechselten ihre Hörigen gegenseitig, um ihnen die Heirat zu ermöglichen[3] oder es wurde sonst zwischen den Herren ein Modus vereinbart, der dann auch gewöhnlich auf Theilung der Kinder hinauslief[4]. In denjenigen Herrschaften aber, welche sich auf keine Concession einliessen und Heiraten nach auswärts verboten und straften, wurde dann auch der Grundsatz festgehalten, dass der Herr mit Niemand theile, und wo die muter unns ist, da sind die kinder gar unser[5]. Die über Ungenossenehe verhängte Strafe bestand aber vornehmlich darin, dass der Herr das ganze hinterlassene Vermögen des

---

[1] Grimm, Weisth. I 169: und sol in der abbet twingen, daz er ein wib nemme. S 282 Z. 22 v. u. Aufhebung dieses Zwangs.

[2] Siehe Waitz, Deutsche Verfassungsgesch. V 239 Anm 5 u. 6.

[3] Beispielsweise Grimm, Weisth. III 64 § 25, III 57 Z. 17 v. u.

[4] UB. Augsburg I Nr 57: copulam matrimonii admisimus tali condicione quod pueri ecclesie nostre medii et hospitalensibus medii pertineant nascituri. Mon. Bo. XXXIII 1 Nr 104.

[5] Siehe Grimm, Weisth. III 638 § 3 u. 4.

Betreffenden an sich nahm und den Kindern nichts liess[6]. Aber man mochte so oder anders verfahren, die Weisthümer zeigen uns zur Genüge, welche unerquickliche Zustände in allen Fällen dieser Art sich ergaben, und wie viele Conflicte unvermeidlich waren.

Zu einer umfassenderen und humaneren Abhilfe entschlossen sich vorzugsweise geistliche Grundherrschaften durch den Abschluss von Concordaten unter sich bezüglich der gegenseitigen Heiraten ihrer Angehörigen; man kann dieselben die Vorläufer der modernen Freizügigkeitsverträge nennen. Es sind die sogenannten Raub- und Wechselverträge, wodurch sie ihre Hörigen gegenseitig als „Genossen" erklärten und ihnen das connubium unter sich ertheilten. Ein solcher Vertrag bestand z. B. zwischen den Gotteshäusern Einsiedeln, Zürich, St. Gallen, Reichenau, Säckingen, Schännis und Pfäffers[7]. Das Verhältnis wird so bezeichnet, dass sie Genossen sind der sieben Gotteshäuser ihre Kinder aushin zu geben und inhin zu nehmen. Damit ist gesagt, dass die Braut aus ihrem Hofe in den ihres Mannes trat, seine Genossin wurde, und also auch alle Kinder in den Hof ihres Vaters gehörten. Ein anderes Weisthum[8] spricht von dreizehndhalb Gotteshäusern; nach v. Arx[9] waren diese der Bischof von Konstanz, die Domprobstei, die Domdekanie, das Stift St. Johann, das Stift St. Stephan, die Klöster Kreuzlingen und Münsterlingen, das Stift Bischofszell, die Klöster Ittingen, Petershausen, Fischingen, Reichenau und das Halbkloster Wagenhausen. Es ist auffallend, dass aus anderen Gegenden von solchen Concordaten in den Weisthümern keine Rede ist. Sie haben doch wohl anderwärts auch bestanden.

III. Einfluss der Ausländerqualität auf die Rechtsfähigkeit.

§ 34. A. Bei Angehörigen auswärtiger Staaten.

Das Recht entsteht als Volksrecht im strengsten Sinne des Wortes, d. h. es existiert nur für die Volksgenossen, weil ursprünglich jedes Volk sich als die einzige Rechtsgemeinschaft betrachtet und nur

---

6 Grimm, Weisth. I 674 Z. 16 v. u., I 154 § 15, I 169 Z. 4 v. o. Kopp, Gesch. der eidgen. Bünde II 731: secundum consuetudinem generalem terre bona servi, qui cum ancilla contraxerit aliena, debere pertinere ad dominum servi contrahentis, nec posse transire ad liberos eiusdem.

7 Grimm, Weisth. I 150 Z. 17 v. u., I 817 Z. 21, I 145 Z. 12 v. u., I 44 Z. 13, I 282 Z. 16 v. u., I 13 § 17, I 22 § 31 u. s. w.

8 Mülheim (Thurgau): Grimm, Weisth. I 262 Z. 13 v. u.

9 Gesch. von St. Gallen II 168.

seine Mitglieder als Theilhaber der Rechtsordnung anerkennt. Fremde sind rechtsunfähig, und sie können sich vor der Willkür der Volksgenossen, unter denen sie wargangi und Elende, Hausierer und Bettler sind, nur dadurch sicher stellen, dass sie unter die Munt eines derselben treten, der dann ein ihnen zugefügtes Uebel als ihm und seinem Hause widerfahren verfolgt. Das liegt in jener bekannten Erzählung Meginhards in der Translatio s. Alexandri c. 13: quaedam mulier quae nata fuit in Fresia, mansit exul in vicinitate cum alia muliere; quae cum cogitasset, quomodo illam peregrinam vendidisset, eo quod peregrina esset et patronum non habuisset etc. Diese äusserste Strenge aber reicht kaum weit in die historische Zeit herein, in dem merovingischen und vollends in dem karolingischen Reiche nimmt sich der König der Fremden an und erklärt sich als ihr Muntherr[1]. Doch war das Regelmässige immer noch, dass Fremde einen senior oder patronus hatten[2].

Aber es darf nicht übersehen werden, dass ein grosser Umschwung der Anschauungen eingetreten und die alte Starrheit in Abschliessung der Völkerschaften gebrochen war schon unmittelbar durch die Entstehung des fränkischen Reiches an sich. Indem dieses Reich sich durch die Vereinigung nicht blos verschiedener deutscher Stämme, sondern auch fremder Nationalitäten bildete, war von vornherein der Blick erweitert, die Idee der Solidarität der Interessen wenigstens des christlichen Occidents angeregt, der Fremde nicht mehr ein ohne weiteres mit Misstrauen angesehener Eindringling, und die aufblühenden Handelsverbindungen nöthigten ebenfalls zu einem Aufgeben des alten strengen Rechtes. Vor allem aber machte mit einem Schlage die Bildung des grossen Frankenreiches aus den deutschen Stämmen, die sich bisher als Fremde behandelt und meist als Feinde befehdet hatten, Glieder eines Staatswesens, der Alamanne kam nicht mehr als Fremder nach Frankreich, der Salier nicht mehr als Fremder nach Italien, sondern als Reichsgenosse, und hatte als solcher Anspruch auf Rechtsschutz. Freilich das Volksrecht blieb noch national insofern, als der Einzügling an dem Rechte des fremden Stammes nicht Theil nahm, aber er trug sein eigenes mit sich und das musste ihm respectiert werden. In diesem Zusammenhange findet das Princip der Persönlichkeit der Rechte seine ebenso natürliche als genügende Erklärung.

---

[1] Lex Franc. Cham. c. 9; lex Bai. IV 30 u. 31.

[2] Cap. Kar. bei Boretius I 447 c. 2: De adventitiis ut, cum missi nostri ad placitum venerint, habeant scriptum, quanti adventitii sunt in illorum missatico aut de quo pago sunt et nomina eorum, et qui sunt eorum seniores.

Allerdings traten von Zeit zu Zeit Reichstheilungen ein, und diese Theilreiche standen sich oft in recht feindseliger Haltung gegenüber. Aber die Idee der Zusammengehörigkeit, soweit sie in unsrer Frage wirksam war, wurde dadurch doch nicht ernstlich in Zweifel gestellt, um so weniger, da jeweilen oft nach kurzer Zeit alle Theile wieder unter einer Herrschaft sich vereinigten. Blos in einer, allerdings wichtigen Beziehung konnten solche Theilungen tief einschneiden: der Erwerb von Grundeigenthum verpflichtete zur Ableistung des Unterthaneneides und zur Erfüllung der Dingpflicht im Gerichte der belegenen Sache[3], und bei einer Theilung war daher das Grundeigenthum eines in dem andern Reichstheile Ansässigen der Einziehung ausgesetzt[4].

Schon dadurch, dass das fränkische Reich die verschiedensten Nationalitäten in sich vereinigte, mussten die Rechtsanschauungen bezüglich der Fremden umgewandelt werden. Musste der Sachse den Italiäner als Reichsgenossen und als rechtsfähig anerkennen, warum sollte er dem Engländer, dem er sich doch näher verwandt fühlte, versagen, was er jenem zu gewähren genöthigt war? Anders lag die Sache gegenüber den Nachbarn im Osten, den Slaven, mit denen man in beständigem Kriege lebte, von denen man die Unfreien importierte, und wo ein friedlicher Verkehr lange Jahrhunderte hindurch zu den Ausnahmen gehörte. So ist doch überhaupt die Rechtsfähigkeit der Fremden, d. h. der nicht dem Frankenreiche angehörigen Leute, in dieser Periode nicht anerkanntes Rechtsprincip, Rechtssatz gewesen, sie beruht vielmehr einzig auf dem Befehle des Königs kraft seiner Banngewalt und somit auf der Energie und der Macht seiner Beamten, und sicherer war es für den Fremden unter allen Umständen, durch Eintritt unter eine Munt seine Sache zu der des Muntherrn zu machen. Eine Folge dieser Ergebung in die Munt war unter anderm auch das Recht des Muntherrn auf den Mobiliarnachlass des Muntmannes, eine Befugnis, die noch im 13. Jahrhundert von dem „hospes“ eines Fremden practiciert und von K. Friedrich II. in der Auth. Omnes peregrini aufgehoben wurde.

Geht im fränkischen Reiche die Tendenz der Rechtsentwicklung, sei es aus natürlichem Impulse, sei es unter absichtlicher Förderung der Reichsgewalt, in der Richtung zu Gunsten der Fremden, so tritt mit der Bildung der Territorien im Mittelalter eine rückläufige Bewegung ein. Die unzähligen grossen und kleinen Herrschaften des

---

[3] Wetzell, System des Civilprozesses, 3. Aufl., S 485.

[4] Roth, Ben.-Wesen S 226.

deutschen Reiches schliessen sich gegen einander oft viel feindseliger ab als grosse Reiche. Letztere thun es allenfalls im Gefühle ihrer Stärke und im Bewusstsein, dass sie sich selbst genug sind, erstere werden dazu getrieben durch das Gefühl ihrer Schwäche und den daraus entspringenden Neid, und ihr Benehmen äussert sich dann in kleinlicher Chicane. Diese kleinen Nachbarn waren unter einander die ärgsten Feinde. Zwar zu einer Rechtlosigkeit der Fremden, d. h. nunmehr der Angehörigen einer anderen Herrschaft, kam es nicht mehr und konnte es ja nicht mehr kommen, aber zu einer oft bis auf völlige Ausschliessung gesteigerten Beschränkung und Hemmung in Handel und Wandel, überhaupt allem Rechtsverkehre. Erwerb von Grundeigenthum, Betrieb eines Handels oder Gewerbes wurde ihnen verboten oder erschwert, der Nachlass fremder Angehörigen eingezogen oder nur mit Abzug einer Steuer (gabella hereditatis, detractus realis) herausgegeben, fremde Gläubiger im Concurse des einheimischen Schuldners hinter den einheimischen Creditoren zurückgesetzt, Fremde mit Arrest auf Leib und Gut geplagt nicht blos für eigene, sondern auch für Schulden ihrer Landsleute[5].

Eine der wichtigsten Beschränkungen der rechtlichen Stellung der Fremden, diejenige der Erschwerung von Grundeigenthumserwerb, hat übrigens eine festere Grundlage auch in der genossenschaftlichen Starrheit der landwirthschaftlichen Verbände, der Dorf- und Markgemeinden, gefunden. Der vielberufene tit. 45 der lex Sal. schon lässt den Erwerb eines Grundstückes in einer Gemeinde durch einen Auswärtigen an dem Widerspruche eines einzigen Dorfgenossen scheitern. Das galt nicht nur gegen Ausländer, sondern ebenso gut gegen die zu der gleichen Herrschaft gehörigen Nachbarn des nächsten Dorfes. Je kleiner die Herrschaften waren und wenn sie gar nur aus einer einzigen Mark bestanden, desto leichter konnten beide Gesichtspunkte sich verwischen. Und dieses Einspruchsrecht der Dorfgenossen ist oft zu einem solchen aller Landeseingesessenen erweitert worden.

§ 35. B. Bei den Juden[1].

Besondere Erwähnung erfordern die Juden. Sie sind nicht nur keine Volksgenossen, sondern auch Feinde der christlichen Religion, und darum, wie man erwarten sollte, aus doppeltem Grunde einer Rechtlosigkeit verfallen. Denn das Mittelalter verhängte über die

[5] Näheres u. a. bei Stobbe, Handbuch I § 42.

[1] Stobbe, Die Juden in Deutschland während des Mittelalters. Braunschweig 1866. Daselbst auch weitere Litteratur.

Ketzer Todesstrafe mit Vermögenseinziehung und Testamentsunfähigkeit[2]. Wenn wir demungeachtet die Juden schon in merovingischer Zeit sich einer ungemein begünstigten Stellung erfreuen sehen, so fällt Folgendes in Betracht.

Die Juden waren weder Fremde noch Ketzer: Fremde, d. h. einer fremden Herrschaft Unterworfene, nicht, weil sie dauernd im Lande angesiedelt sind und darin ihre Heimat gefunden haben; Ketzer nicht, weil sie nicht von dem Christenthum abgefallen sind, nicht einen Glauben bekennen, der sich als Abirrung vom orthodoxen Christenglauben und als Auflehnung dagegen darstellt, sondern einen Glauben, der gegenüber dem christlichen von Uranfang an ist festgehalten worden; sie sind nicht Abgefallene, sondern Ferngebliebene. In der Ketzerei wird aber gerade der Abfall als Verbrechen geahndet. Hierin lag eine gewisse Stärke ihrer Rechtsstellung. Aber die andere Seite ist ebenso unzweifelhaft: trotz ihrer Ansässigkeit sind sie keine Volksgenossen und tragen sie ihre fremde Nationalität auf der Stirne geschrieben, und obschon mitten unter Christen lebend, hassen sie doch das Christenthum und lassen sie die Feindseligkeit gegen die Kirche offener merken, als die armen mit Feuer und Schwert verfolgten Ketzer. Das erschwerte ihre Rechtsstellung, denn das Volk empfand jenes Ansässigsein einer abgeschlossenen fremden Nationalität in seinem Lande als eine Abnormität und fühlte heraus, dass die Feindschaft des Judenthums dem Christenthum gefährlicher sei als die Abweichungen der Ketzer. Und diese Auffassung ist doch entscheidend für die Rechtsansicht geworden; jedenfalls von dem Augenblicke an, wo die Juden von Rechts wegen unter königlicher Munt stehen, Kammerknechte, servi camerae des Königs sind. Denn damit ist gesagt, dass sie der Gewalt des Königs unterworfen sind, und zwar bis zu solchem Grade, dass, wie die Instruction des Markgrafen Albrecht Achilles von 1462 es ausspricht, so ein römischer Kaiser oder König gekrönt wird, er den Juden allenthalben im Reich all ihr Gut nehmen, dazu ihr Leben und sie tödten mag, bis auf ein Anzahl, der lützel sein soll, zu einem Gedächtnis. Und der Schwsp. (L.) 260, (W.) 214 sagt: Die Juden gab der König Titus zu eigen in des Königs Kammer, und davon sollen sie noch des Reiches Knechte sein. Das ist das Rechtsprincip, und fragt man nach seinem Grunde, so liegt es am nächsten, ihn in der Vaterlandslosigkeit zu sehen, die sie von der Volksgemeinschaft ausschloss und daher eine Munt für sie nöthig machte. Allerdings ist diese Munt nie in der Weise geübt worden, dass sie eine

[2] Frid. II. Auth. Credentes praeterea zu c. 4 C. 1, 5.

absolute Vertretung des Juden durch den Muntherrn nach aussen bewirkt hätte, denn die Juden bewegen sich frei in gerichtlichem und aussergerichtlichem Verkehre, und die Kammerknechtschaft äussert sich blos in der Zahlung des Zinses.

Es fragt sich aber überhaupt, ob die Auffassung des Verhältnisses als Kammerknechtschaft in hohe Zeit hinaufreicht. Stobbe[3] findet sie erst am Anfange des 13. Jahrhunderts ausgebildet. Für ihre Nichtexistenz in fränkischer Zeit wird angeführt, dass sich Schutzbriefe für einzelne Juden auf Grund besonderer Ergebung in die Munt erhalten haben[4]; man kann sagen, das wäre nicht nöthig gewesen, wenn die Munt schon allgemein kraft Rechtssatzes bestanden hätte; aber es ist doch auch nicht zu übersehen, dass gerade diese Schutzbriefe ganz absonderliche Begünstigungen enthalten, möglicherweise also etwas über die gewöhnliche Munt Hinausgehendes gewährten und darum nicht überflüssig waren. So principiell ausgebildet wie die Kammerknechtschaft im 14. und 15. Jahrhundert auftritt, hat sie in der fränkischen Zeit allerdings kaum bestanden, sonst wäre es uns auch bezeugt. Aber dass deshalb die Juden grundsätzlich eines besseren Rechtes genossen hätten, ist doch sehr die Frage. Die Judenverfolgungen, die von Zeit zu Zeit wiederkehrten, und nicht etwa blos und immer als gesetzwidrige Wuthausbrüche einer aufgeregten Menge, sondern geradezu als von der Staatsgewalt, von Chilperich und Dagobert angeordnete Maassregeln erscheinen, weisen darauf hin, dass rechtlich den Juden gegenüber alles erlaubt war. Und wenn man einzig und allein auf das Rechtsprincip sieht, so mag dieses leicht in merovingischer Zeit schonungsloser gelautet haben als im 15. Jahrhundert, eben weil die allgemeine Kammerknechtschaft unter dem König und damit auch der königliche Schutz nicht grundsätzlich ausgesprochen war.

Aber die Lage der Juden war jeweilen viel weniger abhängig von dem Rechtsprincip als von den wirthschaftlichen Zuständen, und in dieser Beziehung ist es unzweifelhaft wahr, dass sie sich im 13. und 14. Jahrhundert gegenüber früheren Jahrhunderten verschlechtert hat. Der Grund liegt darin, dass in fränkischer Zeit die Juden die beinahe unentbehrlichen Vermittler des Handels- und Geldverkehrs waren. Und der König und die Grossen bedurften ihrer am meisten, auch noch in ihrer Eigenschaft als Aerzte[5]. So sorgten sie für Heilung von

---

[3] Die Juden S 12.

[4] Rozière 27—29.

[5] Grätz, Gesch. der Juden V 56: die jüdischen Aerzte wurden sogar von den Geistlichen zu Rathe gezogen, welche sich nicht ganz auf die wunderthätige

Krankheiten und Beschaffung von Geld und wurden darum gehegt und gepflegt. Als die Städte sich aus landwirthschaftlichen Zuständen zu Handelsplätzen emporzuarbeiten begannen, musste man Juden zur Stelle haben; bekannt ist des Bischofs Rüdeger von Speier Ausspruch in seinem Privileg für Altspeier von 1084, er gedenke die Ehre dieser Vorstadt auf das Tausendfache zu steigern, wenn er auch Juden aufnehme[6]. Der Hof beschützte sie als seine Bankiers, die Bevölkerung ertrug sie als die Lieferanten ihrer kleinen Bedürfnisse und verfiel ihrem Wucher. Und so lange das deutsche Volk in dem Kreise landwirthschaftlicher Beschäftigung verharrte, waren die Juden unangefochten; erst als die Deutschen sich selber des Handels bemächtigten, trat der Conflict ein, nicht wegen veränderter Rechtsanschauungen, sondern in Folge der wirthschaftlichen Umgestaltung[7]. Die wüthendsten Judenverfolgungen durchzuckten die durch Handelsbetrieb aufstrebenden rheinischen Städte, weil jetzt die Juden als hinderliche Concurrenten erschienen, die man nicht mehr brauchte und nicht mehr wollte. Der Norden und Osten Deutschlands war damals viel weniger von der Judenbewegung ergriffen, weil die Hansa während ihrer Blüthezeit mit Erfolg das Vordringen der Juden in ihre Handelsgebiete hemmte.

K. Maurer[8] hat die Auffassung ausgeführt, es sei der Standpunkt, den das Mittelalter eingenommen, an und für sich nicht aus einer besonderen Gehässigkeit gegen das Judenthum hervorgegangen, sondern lediglich eine Consequenz der genossenschaftlichen Structur der älteren germanischen Rechtsordnung gewesen, allerdings in Verbindung mit der Thatsache, dass der Jude seiner Nationalität und Sitte wie seinem Glauben und seinem Rechte nach von der Gemeinschaft der Christen und Deutschen sich geschieden habe. Die genossenschaftliche Structur der germanischen Rechtsordnung in ihrem Werthe oder Unwerthe gelassen, könnte sie doch jedenfalls nur auf dem Boden des Volksrechtes und also für die Volksgenossen bestehen. Das ist eben das

---

Heilung durch die in Krankheitsfällen gesuchten Heiligen und Reliquien verlassen mochten. Greg. Tur. hist. Franc. V 6. Grätz V 402: Hugo Capet liess sich von einem jüdischen Arzt behandeln. Häser, Lehrbuch der Geschichte der Medicin § 206: Karl d. Gr. soll neben dem berühmten Wintarus noch einen arabischen und einen jüdischen Leibarzt gehabt haben. Für das spätere Mittelalter vgl. Stobbe, Juden S 181. 279.

[6] UB. von Speier (Remling) Nr 57.

[7] Denselben Gedanken führt aus Roscher, Die Stellung der Juden im Mittelalter, in der Z f. d. ges. Staatswissenschaft, Jahrgang 1875, XXXI 503 ff.

[8] KrV IX 564 f.

Wesen der älteren germanischen Rechtsordnung, dass sie fremde Nationalitäten von sich ausschliesst; in ihrer Structur fand ein Judenrecht keinen Raum. Und so komme ich gegentheils zu dem Resultate, dass was den Juden von Rechten gewährt wurde, sich rein auf dem Boden des Privilegs bewegte, nicht Recht und Bestandtheil einer Rechtsordnung war, sondern königliche oder herrschaftliche Gunst in Folge der Aufnahme der Juden unter die Munt des Königs oder des Landesherrn[9]. Aber allerdings entwickelt sich daraus im späteren Mittelalter, als die starre Ablehnung alles Fremden gebrochen war, ein Judenrecht, freilich nicht innerhalb des deutschen Rechts, sondern mit dem Charakter eines Sonderrechtes.

Dieses Judenrecht beruht also auf ganz anderm Motive als das in den germanischen Reichen der Völkerwanderung neben dem Volksrechte des herrschenden Stammes fortbestehende römische Recht für die Römer, oder als die Anerkennung andern Volksrechtes für dessen Angehörige, wo man allenfalls von Wirkung der genossenschaftlichen Structur reden könnte. Denn der im Frankenland ansässige Römer, Alamanne, Sachse ist vollberechtigtes Mitglied des Volkes, kann Beamter, Richter, Schöffe werden, während der Jude jenes nicht ist und dieses nicht werden kann; das Ed. Chlot. II c. 10 und Cap. 850 c. 24[10] bezeichnen die Juden als unfähig zu Beamtungen, besonders zu Steuerbeamtungen, und unter den als Schöffen wählbaren nobiles, sapientes et Deum timentes, non viles personae nec minus idoneae[11], waren Juden sicherlich nicht inbegriffen.

Eben darum ist dieses Judenrecht auch nicht schlechtweg das jüdische Recht. Wären die Juden gemäss der genossenschaftlichen Structur der deutschen Rechtsordnung behandelt worden, so hätten sie einfach ihr jüdisches Recht zur Geltung gebracht, wie der Römer sein römisches und der Sachse sein sächsisches Recht profitierte. Das ist nicht geschehen. Das Judenrecht des Mittelalters ist ein aus zufälligen und verschiedenartigen Begünstigungen und Beschränkungen zusammengesetztes Privilegienrecht. Allerdings entstammen Einzelheiten dem jüdischen Gesetze, wie z. B. das Recht des Juden, der

[9] Wenn Maurer a. a. O. sagt, der Landfriede von 1103 stelle „ohne Arg" die Juden mit den Weibern, Kaufleuten, Klerikern und Kirchen hinsichtlich der Schutzpflicht zusammen, so steckt weder ein Arg noch ein ohne Arg dahinter. Die Zusammenstellung lag in der Natur der Sache, weil es sich um Aufzählung der Personen handelte, deren Verletzung ein Bruch des vom König gebotenen Friedens war. Dasselbe sagt in gleichem Sinne Ssp II 66 § 1.

[10] Boretius I 22. Pertz I 400.

[11] Pertz I 438 c. 5.

eine gestohlene Sache gekauft hat, sie blos gegen Erstattung des von ihm bezahlten Kaufpreises herausgeben zu müssen[12], aber nicht kraft Geltung und Anerkennung des jüdischen Gesetzes auf gleicher Linie mit dem deutschen Volksrechte, sondern blos kraft der dem Verkehre der Juden gewährten Vergünstigung war dieser Satz zugelassen, der Grund seiner Geltung also nicht seine Sanction im Gesetz, sondern seine Anerkennung im Privileg. Eine besonders wichtige Respectierung des jüdischen Gesetzes lag auch in der Befugnis zur Eidesleistung auf Mosis Buch und damit überhaupt zur Beweisführung nach jüdischem Rechte, mit Ausschluss also namentlich der Gottesurtheile, wie das Privileg Heinrichs IV. für die Juden zu Speier von 1090 sagt: (Judeus) secundum legem suam justitiam faciat et causam suam probet, et nemo Judeum ad ignitum ferrum aut ad aquam calidam aut frigidam cogat, . . . sed juret tantum secundum legem suam[13]. Kaum eine grössere Tragweite hat das Judenprivileg der Landgrafen von Thüringen von 1368[14]; ich kann Goldschmidt nicht beistimmen, der diese Anerkennung des jüdischen Rechtes „eben nur als eine Anwendung des nach dem Personalitätsprincip wie nach dem Territorialitätsprincip maassgebenden Grundsatzes, dass der Jude als Beklagter nach seinem Rechte sich vertheidigt und gerichtet wird“, betrachtet und annimmt, „es werde keineswegs eine Ausnahme vom deutschen Rechte zu Gunsten der Juden aufgestellt, sondern einfach für dieselben das jüdische Recht zur Geltung gebracht“. Richtig ist, dass eine Ausnahme vom deutschen Rechte zu Gunsten der Juden in diesen Sätzen nicht vorliegt, denn die Juden standen nicht unter dem deutschen Rechte und brauchten nicht davon ausgenommen zu werden: aber nicht darum, weil sie des jüdischen Rechtes kraft des Personalitätsprincips genossen, sondern weil sie von Rechts wegen kein Recht anzusprechen hatten, und was sie erhielten ihnen durch Privileg zu Theil wurde. Jedenfalls war das die Anschauung des Mittelalters. Der Schwsp (W.) 214, (L.) 261 sagt ausdrücklich: Nu hant si ein besser reht erkouffet daz hant in die kiunige gegeben wider reht. Und das Rechtsbuch nach

---

[12] Schon im Judenprivileg Heinrichs IV. für Speier von 1090 UB. Speier (Remling) Nr 67. Dann im Judenprivileg für Wien von Friedrich II. 1238 (Meiller, Arch. X 127 f.): Si autem apud eos res furtiva inventa fuerit, si dixerit Judeus se emisse, juramento probet secundum legem suam, quantum emerit, et tantumdem recipiat et rem ei cuius erat restituat. Im Ssp steht der Satz III 7 § 4. Vgl. im allgemeinen Goldschmidt, Der Erwerb dinglicher Rechte, in seiner Z f. HR VIII 266 ff.

[13] UB. von Speier Nr 67.

[14] Bei Goldschmidt a. a. O. S 270.

Distinctionen in seinem ausführlichen Judenkapitel III 17 steht ganz auf dem Boden der Landesprivilegien, namentlich des Judenprivilegs Heinrichs des Erlauchten, Markgrafen von Meissen[15], und beginnt darum auch seine Ausführung mit dem Satze: von gotisrechte[16] sal keyn jodde wucher nemen. Duch so ist or ordenunge anders geschicket .... unde sin von den keysern und fursten begnadet durch ores gutes willen, daz sy ersaczt sin mit sunderlicheme rechte. Damit stimmt Pölmann IX 15, 2: der jodin gesaczte recht beschrybe ich nicht, den or recht ist in eyme lande andirs wanne in dem andern.

Alles das führt zu dem Satze zurück: de jure bestand im Mittelalter Rechtlosigkeit der Juden, das sog. Judenrecht setzte sich aus Vergünstigungen zusammen, die hinwiederum aus der Munt (Kammerknechtschaft) flossen, und wie aus dem Belieben des Muntherrn stammend auch nach Belieben cassiert wurden. Denn alle diese Vergünstigungen hatten zum letzten Ziel das eigene Interesse des Muntherrn: er verschaffte den Juden dadurch die Möglichkeit, sich voll zu saugen, um sie dann ausdrücken zu können.

Aus diesem Charakter des Judenrechts erwächst mir bei der hier ins Auge gefassten Aufgabe einer Darstellung des deutschen Rechts die Berechtigung, es als ausserhalb unseres Gegenstandes liegend einer weiteren Betrachtung nicht zu unterziehen.

IV. Einfluss des Standes auf die Rechtsfähigkeit.

§ 36. A. Stand und Standesrecht.

Unsere Sprache bedient sich des Wortes Stand in doppelter Weise: einmal zur Angabe der Stellung, die eine Person in der bürgerlichen Gesellschaft einnimmt, sodann zur Bezeichnung des Inbegriffs, der Gesammtheit von Personen, welche die gleiche Stellung in der bürgerlichen Gesellschaft einnehmen; einerseits wird also damit subjectiv die Beziehung einer Person zu einer Gesammtheit, andererseits objectiv die Erscheinung der Gesammtheit in dem socialen Leben des Volkes ausgedrückt, dort die persönliche Eigenschaft, die conditio,

---

[15] Ortloff, Rechtsb. nach Dist. S 475.

[16] Der Satz ist unklar; was ist Gottes Recht? das kanonische Recht kann es nicht sein, weil dieses die Juden nichts angeht; das jüdische Gesetz nicht, weil dieses gestattete, von Nichtjuden Zinsen zu nehmen, 5. Mose 23, 20. Stobbe, Juden S 105 f. Neumann, Gesch. des Wuchers S 2. Purgoldts Rechtsbuch VIII 31 bezieht dieses Gottesrecht freilich auf das mosaische, indem er unter den Fremden, von welchen Zins zu nehmen gestattet ist, nur die Heiden versteht. Dann ist um so offenbarer das Judenrecht des Mittelalters nicht das jüdische Gesetz.

hier das Institut, der ordo. In beiden Hinsichten handelt es sich nicht nothwendig von vorneherein um einen Rechtsbegriff; sprechen wir ja schon im gewöhnlichen Leben von höheren und niederen Ständen, wo doch vollständigste Rechtsgleichheit besteht, wie wir auch von Militär-, Beamten-, Geistlichenstand u. dgl. reden, auch wo das Militär, die Beamten u. s. f. keinerlei besondere rechtliche Qualitäten haben und nicht einmal einer Rangordnung (wäre es auch nur in der Titulatur, in dem Vortritt bei Hofe und derartigem) unterliegen, ebensowenig corporativer Rechte als Gesammtheit geniessen. Zum Rechtsbegriffe wird das Wort Stand erst dadurch, dass entweder aus jener Stellung des Einzelnen in der bürgerlichen Gesellschaft nach irgend einer Richtung ein Recht oder die Schmälerung eines Rechts für ihn fliesst, oder aber der Stand als Organ, als Institut Träger einer Rechtsidee wird und als solcher in irgend welcher Art Rechte erwirbt und ausübt.

Die Stände als solche, als ordines, fallen ausserhalb des Kreises unserer Betrachtung, denn sie sind keine Privatrechtsinstitute, sondern immer Institute des öffentlichen Lebens, und, soweit Rechtsinstitute, Einrichtungen des öffentlichen Rechtes; das heisst: sie sind nicht zu privatrechtlichen Zwecken entstanden oder geschaffen, sondern wurzeln in dem politisch-socialen Leben des Volkes oder in den Bedürfnissen des Staates. Sie dienen daher auch öffentlich-rechtlichen Zwecken. Wohl ist nicht ausgeschlossen, dass sie selbst wieder privatrechtliche Interessen verfolgen können und zu diesem Behufe in einen privatrechtlichen Verkehr treten, aber das geschieht dann nicht von ihnen in ihrer Eigenschaft als Stand, sondern auf Grund der, dem Standesbegriffe nicht nothwendig inhärierenden Eigenschaft als juristischer Person, und nur als solche werden sie Privatrechtssubjecte.

Die Standesverhältnisse als solche können daher dem Privatrechte angehören nur insofern, als die persönliche Rechtsfähigkeit des Einzelnen durch Zugehörigkeit zu einem Stande beeinflusst wird, nur insofern, als der Stand eines Menschen (conditio im subjectiven Sinne) für das Privatrecht desselben in irgend einer Richtung maassgebend ist. Von dieser Seite des Bedingt- und Beherrschtseins der persönlichen Rechtsfähigkeit durch die Standesangehörigkeit haben wir das Ständerecht des Mittelalters einer Betrachtung zu unterziehen.

Die Art und Weise, wie das Recht den Standesunterschieden Einfluss auf die persönliche Rechtsfähigkeit der Standesgenossen gewährt, kann eine verschiedene sein. Sie kann einfach darin bestehen, dass den Angehörigen eines Standes gewisse Befugnisse zugetheilt werden, die den anderen Menschen versagt sind. So etwa das Recht auf be-

sondere Titulatur, auf Führung eines Wappens mit Schild und Helm, auf Zulassung zu gewissen Aemtern und Würden, die Befugnis zur Errichtung von Familienfideicommissen u. dgl. Das sind Standesprivilegien, also Ausnahmerechte, die nur für diesen Stand geschaffen sind und sonst gar nicht existieren, mithin absolute Standesrechte. Es können aber die ständischen Unterschiede auch so Berücksichtigung finden, dass gewisse Rechte, welche Theile des allen Ständen gemeinsamen Rechtsbestandes sind, an sich also keine Privilegnatur haben, in ihrer Ausübung von Stand zu Stand bestimmten Regeln und Beschränkungen unterworfen werden. So z. B. das Erbrecht, wenn solches den Angehörigen des einen Standes gegenüber den Mitgliedern des andern versagt wird. Man kann hier von relativen Standesrechten reden.

Das deutsche Recht hat dieses relative Standesrecht besonders principiell in den Vordergrund gestellt und höchst sinnreich ausgebildet. Den Mittelpunkt desselben bildet der Ebenbürtigkeitsbegriff, in welchem das deutsche Ständerecht eigentlich sein Leben und seine Bedeutung findet.

§ 37. B. Ebenbürtigkeit[1].

Alles Ständerecht beruht auf ungleicher Werthung der Menschen nach Maassgabe ihrer Stellung in der gesellschaftlichen Organisation des Volkes, und die Rangordnung der Stände bestimmt sich nach der höheren oder niedrigeren Schätzung, die den zu einem Stande Vereinigten in dieser socialen Gliederung der Nation zu Theil wird. Das deutsche Recht hat diesen verschiedenen Werth sehr genau abgewogen in dem verschiedenen Wergeld, das es den Ständen zutheilt.

Da die Stände bei den Deutschen von Anfang an den Charakter von Geburtsständen tragen, so wird die Zugehörigkeit des Einzelnen zu einem Stand durch die Geburt bestimmt[2]. Es wird also die sociale

---

[1] Göhrum, Geschichtliche Darstellung der Lehre von der Ebenbürtigkeit. 2 Bände Tübingen 1846.

[2] Nur ausnahmsweise und künstlich ist der Eintritt eines niedriger Geborenen in einen höheren Stand ermöglicht, z. B. für einen Unfreien durch Freilassung per denarium vor dem König. Immer aber erscheinen solche Standeserhöhungen als Einbruch in die Rechtsordnung, sind daher nur zulässig durch den König als die Macht über dem Gesetz, und einzelne Beschränkungen in der Rechtsfähigkeit dauern noch bis in die dritte Generation fort. Etwas anderes ist es, dass man sich selbst durch freie Wahl in einen geringeren Stand versetzen kann, es steht jedem kraft seiner Selbmunt frei, sein besseres Recht preiszugeben, weil er sich damit nichts anmaasst, was ihm die Geburt versagen würde.

Stellung und damit der persönliche Werth einem jeden angeboren, und auf der gleichen Geburt, auf der Gleichheit des Blutes beruht der gleiche Werth der Menschen in der gesellschaftlichen Ordnung, also die Standesgleichheit. Das ist das Moment, auf welchem das deutsche Recht die Grundsätze der Ebenbürtigkeit aufbaut und entwickelt.

Alle Rechtshandlungen nämlich und überhaupt alle rechtliche Bethätigung, für welche der persönliche Werth der Menschen in Anschlag kommt, müssen auf den Kreis beschränkt bleiben, in welchem derselbe etwas gilt und auf Respect Anspruch hat. Und da er nun eben durch die Geburt bestimmt wird, so sind auch die Rechte, um deren Ausübung es sich hierbei handelt, rein und unmittelbar Ausfluss der Geburt, also die jedem Menschen angeborenen, eben darum auch höchst persönlichen und unübertragbaren Rechte. Der Kreis, in welchem diese Rechte zur Geltung und Ausübung kommen können, ist (zunächst wenigstens) derjenige der durch gleiche Geburt Vereinigten, also der Standesangehörigen. Die Quellen bezeichnen diese Gleichheit der Standesmitglieder, soweit sie rechtlich, in Ausübung und gegenseitiger Anerkennung der angeborenen Rechte, zur Geltung kommt, als Genosssame, die Gleichgeborenen als Genossen, pares, coaequales, d. h. als Theilhaber und Träger der auf gleicher Geburt und also auf gleichem persönlichen Werthe beruhenden Rechtsstellung und des dadurch bedingten Rechtsverkehres. Der einem höheren Stande Angehörige, also besser Geborene, ist daher Uebergenosse der unteren Stände, und der schlechter Geborene ist Ungenosse gegenüber dem höher Geborenen. Damit ist das Rechtsprincip der Ebenbürtigkeit zum Ausdrucke gelangt, d. h. das Princip, dass die Ausübung der angeborenen Rechte von gleicher (oder geringerer) Geburt desjenigen, der die Anwendung dieses Rechtes gegen sich leiden muss, abhängig ist, denn Ebenburt (modern Ebenbürtigkeit) ist der alte Ausdruck für gleiche Geburt.

Das bekommt nun alles greifbarere Gestalt durch Betrachtung jener angeborenen, höchst persönlichen Rechte. Es sind folgende:

1. Das Recht zu Ausübung aller derjenigen gerichtlichen Functionen, welche schlechthin Ausfluss persönlicher Fähigkeiten sind. Es ist also nicht daran zu denken, dass ein Ungenosse gegen einen Uebergenossen etwa nicht als Kläger behufs gerichtlicher Geltendmachung eines Anspruchs auftreten könnte. Denn dieser Klaganspruch und das darin geltend gemachte Recht ist von seiner persönlichen Werthung unabhängig, ihm nicht angeboren und daher von seiner Person getrennt denkbar. Vielmehr handelt es sich um folgende Functionen:

a. Ausübung des Richter- und Schöffenamtes: der besser Geborene lehnt es ab, von einem Ungenossen gerichtet oder beurtheilt zu werden[3].

b. Zeugnisablegung und Eideshilfe: der besser Geborene wäre in seinem Rechte gekränkt, wenn ein Mann geringeren Werthes ihn durch Zeugnis oder Eid überführen dürfte[4].

c. Fürsprache: theils so, dass der Gegner den ihm unebenbürtigen Fürsprech ablehnen kann, theils so, dass der besser Geborene dem niedrigeren das Gesuch, sein Wort zu führen, versagen darf[5].

d. Urtheilschelten: der Scheltende muss Genosse sowohl des Urtheilfinders als der Partei, gegen die er das Urtheil schilt, sein[6].

e. Kampflicher Gruss: dem Untergenossen darf man den Zweikampf weigern[7].

2. Das Recht zu Führung der Vormundschaft; denn dieses Recht ist angeborenes Familien- und Verwandtschaftsrecht und kann nicht anders als durch Geburt erworben werden[8]. Es kommt noch dazu, dass die Vormundschaft eine strenge Gewalt über Person und Vermögen des Mündels verschafft, welche von einem Ungenossen zu dulden, einer Herabwürdigung des Bevormundeten gleich käme[9].

3. Das Erbrecht. Der besser Geborene wird „geärgert“, wenn der geringere Mann sich in sein Erbe setzt und damit sich gleichen Bluts zu sein anmaasst, denn auch in dieser Anwendung gilt der Satz: „wer mein Blut hat, nimmt mein Erbe“[10].

Dagegen darf unter diese Rechte, deren Ausübung von der Ebenbürtigkeit abhängt, das Recht zur Ehe nicht gerechnet werden. Schon aus dem einfachen Grunde nicht, weil kein Mensch einen angeborenen Anspruch darauf hat, gewisse Personen zu heiraten, in gleicher Weise wie etwa der Erbe auf die Erbfolge bei seinem Erblasser, der Vormundschaftsberechtigte auf die Vormundschaft über seine Familienangehörigen ein vom Willen dieser Personen unabhängiges Recht hat.

---

[3] Ssp II 12 § 2. Im Lehnrecht sächs. Lehnr. 9. 71 § 19. 77. Ueberhaupt vgl. Göhrum I 290 f. 302 f.

[4] Ssp III 19. Göhrum I 271 f.

[5] Göhrum I 301.

[6] Ssp II 12 § 2, III 69 § 3.

[7] Ssp I 63 § 3.

[8] Daher später, als gekorene Vormünder aufkamen, für diese die Ebenbürtigkeit nicht verlangt wurde.

[9] Ssp I 23 § 1, I 43. 48 § 2. Schwsp (L.) 59 gegen Ende. Göhrum I 347.

[10] Ssp I 17 § 1 a. E., III 72. Magd. Fr. I 7, 1 u. 2. Im Lehnrecht sächs. Lehnr. 20 § 3. Göhrum I 348 Anm 3.

Sondern die zur Ehe angesprochene Person hat ihren freien Entschluss, auch wenn der Ansprecher ihr ebenbürtig ist. Darum sind auch Ehen zwischen Angehörigen verschiedener Stände zulässig[11]: schrickt der höher geborene Theil vor der Schande nicht zurück, so hat das Recht keine Veranlassung, ihn mit Gewalt davon zurückzuhalten, so wenig wie es einen Freien hindert sich in die Unfreiheit zu ergeben. Das Mittelalter versagt also den Ehen von Angehörigen verschiedener Stände die Anerkennung der Giltigkeit nicht, und die Kinder aus solchen Ehen tragen nicht den Makel unehelicher Geburt. Aber allerdings kann eine solche Ehe eine ungleiche sein, d. h. eine unebenbürtige insofern, als Mann und Frau nicht Genossen gleichen Rechtes sind. In dieser Hinsicht ging das deutsche Recht von folgendem Gesichtspunkte aus: wie es schon, abgesehen von juristischer Betrachtung, in der Natur der Sache liegt, dass in der Ehe der Mann der maassgebende Theil ist, der seine Ehre, sein Ansehen, seine Würde auch der Ehefrau mittheilt, so sucht das Recht diesem Gedanken ebenfalls Anerkennung zu verschaffen dadurch, dass es die Ehefrau als Genossin des Mannes erklärt und damit auch aller der Rechte theilhaftig macht, welche der Mann insonderheit im Kreise seiner Genossen als Standesrechte geniesst. Aber die Durchführung dieses Grundsatzes hat ihre bestimmte natürliche Grenze: sie muss da unmöglich werden, wo die Betheiligung der Ehefrau am Standes- und Genossenrechte des Mannes den Stand selber verunehren und ein Element in denselben einführen würde, das die Standesgenossen des Mannes abzulehnen berechtigt sind. Das ist der Fall dann, wenn die Ehefrau niedrigeren Standes als der Ehemann ist, weil sie dann durch Eintritt in die Genosssame mit ihm seinen Stand schänden würde. Jener Grundsatz ist daher, abgesehen von seiner selbstverständlichen Anwendung bei Ehen Gleichgeborener, nur dann durchführbar, wenn die Frau besser geboren ist als der Mann[12], denn alsdann haben die Standesgenossen des Mannes keinen Grund, den Eintritt einer höher geborenen Frau in das Genossenrecht und den Stand desselben als Verunehrung zu empfinden und abzulehnen.

Somit ist eine Ehe, in welcher der Ehemann der besser geborene Theil ist, entschieden eine ungleiche; in jeder Beziehung: einmal weil

[11] Im germanischen Rechte war es anders bezüglich der Ehen von unfreien Männern mit freien Frauenspersonen, darauf stand der Tod, das Gesetz verbot sie also geradezu (s. unten § 42), freilich ersichtlichermaassen nicht aus dem Ebenbürtigkeitsprincip. Bei den Sachsen war laut Translatio S. Alexandri (Pertz, Script. II 673) dasselbe für Ehen zwischen Adel und Gemeinfreien Rechtens.

[12] Ssp I 45 § 1.

die Frau nicht Genossin des Mannes werden kann, und dann, weil die Kinder dem Vater nicht ebenbürtig und nicht zu seinem Stande geboren werden, sondern dem der Mutter folgen. Dagegen kann die Ehe eines niedriger geborenen Mannes mit einer höher geborenen Frau nicht als eine ungleiche bezeichnet werden, weil die Frau Genossin des Mannes wird und die Kinder dadurch auch den Stand des Vaters erhalten. Allerdings werden die Kinder in diesem Falle der Mutter, trotzdem dass diese Genossin des Mannes ist, nicht ebenbürtig und beerben sie daher nicht, wenigstens nicht wenn die Mutter erst nach ihrem Ehemanne stirbt[13], weil sie durch Auflösung der Ehe von des Mannes Rechte und Stande gelöst ihren alten Stand wieder angenommen hat und also die Kinder, die noch in der Ehe geboren sind, als Standesgenossen des Vaters ihr unebenbürtig erscheinen. Dagegen Kinder, die nach Tod des Vaters erst geboren werden, erhalten in solchem Falle den Stand der Mutter, während posthumi aus Ehen Gleichgeborener dem Rang und der Würde des Vaters folgen[14].

Kehren wir zu unserem Gegenstande zurück; das maassgebende Princip liegt in dem Gedanken: was man einzig und allein seiner Geburt verdankt, kann man auch nur geltend machen gegenüber solchen, bei denen diese Geburt etwas gilt und auf Achtung Anspruch hat. Das sind zunächst die Genossen gleicher Geburt, und das Wort Ebenbürtigkeit bleibt bei diesem Verhältnisse stehen und bezeichnet nur die Fähigkeit zur Ausübung der Geburtsrechte gegenüber gleich (d. h. eben,. ebenmässig) Geborenen, also im Kreise der Genossen. Ginge man aber nicht über den Wortsinn hinaus, liesse man das Ebenbürtigkeitsprincip in starrer Beschränkung auf die Standesgenossen wirken, so könnte dasselbe unter Umständen zum Nachtheile desjenigen ausschlagen, zu dessen Gunsten es doch bestimmt

---

[13] Ob auch nicht, wenn die Mutter vor dem Vater, also in bestehender Ehe stirbt, ist nirgends bestimmt beantwortet. Schröder, Z f. RG III 471 Anm 14 und S 476 verneint das Erbrecht der Kinder auch für diesen Fall. Ich neige mich auch zu dieser Annahme, aber nicht aus dem dort angeführten Grunde, weil die Mutter durch den Tod in ihren ursprünglichen Stand zurücktrete (?), sondern aus Rücksicht auf die erbberechtigten ebenbürtigen Genossen der Mutter.

[14] Schröder a. a. O. S 474 formuliert die Regel so: „In jeder Ehe folgen die Kinder dem Stande der Mutter, aber mit der Maassgabe, dass für diesen bei ebenbürtigen Ehen der Zeitpunkt der Zeugung, bei unebenbürtigen Ehen der Zeitpunkt der Geburt des Kindes entscheidet.“ Im thatsächlichen Erfolge kommt diese Regel mit der im Texte aufgestellten auf das gleiche heraus, doch scheint sie mir nicht im Sinne altdeutscher Anschauung gedacht, wegen Ssp I 16 § 2: svar't kint is vri unde echt, dar behalt it sines vader recht; Ssp III 73 § 1: wende sie hebben irs vader recht unde nicht der muder.

ist, dann nämlich, wenn der höher Stehende gegenüber dem Niedrigeren eines jener angeborenen Rechte geltend machen, etwa gegen ihn Zeuge sein, ihn beerben wollte, und er nun, weil nicht gleicher Geburt, also streng wörtlich nicht ebenbürtig, dieses Rechtes verlustig ginge, das er ohne das Princip der Ebenbürtigkeit hätte geltend machen können. Nun ist ja aber der Sinn des Instituts nur der, dass, weil die Ausübung jener Rechte seitens eines Mannes niedrigeren Werthes gegen einen höher gewertheten eine Anmaassung und „Aergerung“ wäre, der Höhere sie sich nicht gefallen zu lassen braucht, dass aber ein Geringerer, den der Höhere dieser Ehre der Genosssame würdigt, etwa durch kampflichen Gruss, darin keine Hintansetzung, vielmehr das Gegentheil erblicken muss; somit wird auch das Recht niemanden versagen, die Befugnisse, zu deren Anerkennung er sogar seine Standesgenossen nöthigen kann, auch von Niedrigeren anerkannt zu sehen, und so ist in dem Rechtsbegriffe der Ebenbürtigkeit die Befähigung eingeschlossen, alle aus ihr fliessenden Rechte gegen Personen gleicher und niedrigerer Geburt geltend zu machen. Immerhin hüten sich die Quellen wohl mit dem Sprachsinn in Conflict zu gerathen und von Ebenbürtigkeit des Höheren gegenüber dem Niedrigeren zu sprechen, sie sagen vielmehr immer, er sei besser geboren; aber in der bessern Geburt ist eben das Recht der gleichen Geburt eingeschlossen[15].

Das Ebenbürtigkeitsprincip ist der Kern des deutschen Ständerechtes, ihm ordnet sich alle Standesbildung immer unwillkürlich unter, so sehr, dass selbst Stände, die sich zunächst als Berufsstände in der socialen Gliederung constituieren, von selbst Geburtsstände werden, sobald sie in das Rechtsgebiet eintreten und Rechtsfolgen beanspruchen. Unter diesem Gesichtspunkte betrachten wir daher vorzugsweise die ständische Gliederung des Mittelalters.

§ 38. C. Aelteste Gegensätze.

Man kann fast Anstand nehmen, für die älteste Zeit der deutschen Geschichte von einem ausgesprochenen und ausgebildeten Ständerechte zu reden. Allerdings ist in durchgreifendster Weise der Gegensatz von Freien und Unfreien durchgeführt, aber man kann kaum sagen, dass damit ein ständischer Gegensatz zum Ausdrucke gebracht sei.

---

[15] Ssp I 63 § 3: Jewelk man mach kampes weigeren deme, de wers geboren is denne he. Die aver bat geboren is, den ne kan die wers geborne nicht verlecgen mit der beteren gebord, of he en ansprict. Ssp III 72: Dat echte kint unde vri nimt der muder erve also of it ir evenburdich is oder bat geboren. Ssp III 69 § 2 in Bezug auf die Function als Schöffe.

Denn die Unfreien konnten vom Rechte gar nicht als Stand anerkannt sein, weil sie ausserhalb des Volkes und des Volksrechtes stehend gar keines Rechtes theilhaftig waren, gar keiner Rechtssubjectivität genossen. So ganz allen persönlichen Werthes baar erschienen die Unfreien, dass freigeborene Frauen durch Verheiratung mit einem Unfreien sich eines unnatürlichen Vergehens schuldig machten, das sie mit dem Tode büssten.

Aus den Freien ragten die Adelsgeschlechter hervor, welche ihre Abkunft auf die Götter zurückführten. Und ohne Zweifel bewegten sich Adel und Gemeinfreie in einer social, namentlich bezüglich der Eingehung von Ehen [1] sorgfältig beobachteten Abschliessung neben einander, aber ob und wie weit dieselbe rechtliche Geltung und Wirksamkeit hatte, ist nicht zu erkennen, ausser dass aus den Volksrechten auf ein uranfänglich bestehendes höheres Wergeld des Adels mag geschlossen werden.

Zwischen den Freien und den Unfreien bewegte sich sodann eine zahlreiche Classe der Bevölkerung, die liti mit Einschluss der Freigelassenen. Sie standen nicht hoch über den Unfreien, in ihrer bürgerlichen Stellung nicht deutlich von ihnen gesondert, höchstens in strafrechtlicher Beziehung günstiger gestellt. Somit konnte in der That zur Zeit der Volksrechte gesagt werden, wie sich eine Weisung Karls d. Gr. an einen Missus ausdrückt [2]: non est amplius nisi liber et servus, es giebt nichts weiter als Freie und Unfreie, und daher, folgert diese Weisung, soll der Lite nach Analogie des servus behandelt werden. Zieht man dazu in Betracht, dass im 8. Jahrhundert der alte germanische Geschlechtsadel erloschen oder im Aussterben begriffen war, so gewinnt der Satz: non est amplius nisi liber et servus die allgemeine Bedeutung, dass überhaupt Freie und Unfreie die einzigen Classen der Bevölkerung waren, welche rechtlich unterschieden wurden.

Zu einem eigentlichen Stande konnten aber, wie bemerkt, die Unfreien erst dadurch werden, dass sie selbst eines Rechtes theilhaftig wurden. Denn erst dann standen sich Freie und Unfreie nicht mehr als Rechtsfähige und Rechtlose, sondern als Organe eines Rechtsbestandes

[1] Darauf bezieht sich wohl und ist zu beschränken der Bericht in der Translatio S. Alexandri (Pertz, Script. II 673): ut nulla pars in copulandis coniugiis propriae sortis terminos transferat, sed nobilis nobilem ducat uxorem etc. Dass die im folgenden berichtete Bestrafung der Heirat einer höher stehenden Frau und eines Niedrigeren mit dem Tode auch für Heiraten zwischen Freien und adlichen Frauen galt, wird bekanntlich beanstandet.

[2] Cap. 801—814 c. 1 bei Boretius I 145.

gegenüber. Zwar erhielten die Unfreien im Volks-(Land-)rechte keine bessere Stellung und Berücksichtigung als bisher, aber sie fanden im Hofrechte den Boden eines Rechtsverkehres, den sie mit den Liten und selbst den freien Hintersassen derselben Grundherrschaft theilten. Wurden sie dadurch auch den letzteren ständisch nicht gleichgestellt (wie ja das Hofrecht kein Standesrecht war), so genossen sie doch überhaupt eines Rechtes, und das hatte die hoch anzuschlagende Wirkung, dass sie auch als Bestandtheil der Nation angesehen und nicht ausserhalb des nationalen Lebens liegen gelassen wurden, wie es bei den Römern der Fall war. Fortan bilden die Unfreien im Volksorganismus einen besonderen Stand gegenüber den freien Leuten, welche eben dadurch auch erst zum Stande werden.

In entschieden grundlegender Weise beherrscht dieser Gegensatz von Freiheit und Unfreiheit das mittelalterliche Ständewesen. Aber es bleibt nicht bei diesem einzigen Gegensatze; innerhalb des freien Standes selber bilden sich wieder Abstufungen theils auf dem Boden des Landrechtes, theils unter lehnrechtlichen Einflüssen. Betrachten wir zuerst diese Rechtsbildung innerhalb des freien Standes.

D. Der Stand der freien Leute.

§ 39. 1. Im Landrechte[1].

Der Stand der freien Leute ist der Stand der Freigeborenen, der ingenui, gleichviel ob sie als Bauern landwirthschaftlichen Beruf auf eigenem oder fremdem Gute treiben, oder in ein persönliches Dienstverhältnis, von dem ehrenreichen Antrustionendienste im königlichen Gefolge bis zu dem bescheidenen, immerhin ingenuili ordine geleisteten Hausdienste bei einem Vornehmen herab, eingetreten sind. Freilich tritt nun schon in mehreren Volksrechten eine Abstufung innerhalb der freien Leute hervor: es wird bezüglich des Wergeldes unterschieden zwischen minores (minofledi), medii (mediani) und primi[2]. Werden unter den primi die Adlichen zu verstehen sein, so machen die minofledi und die mediani um so mehr Schwierigkeit. Von den vielen Erklärungen, die schon sind versucht worden, scheint immerhin, trotz manchem Zweifel, diejenige am plausibelsten, welche auf

[1] Stobbe, Die Stände des Sachsenspiegels, in Z f. DR XV.

[2] Lex Alam. pactus II 37—41, Hloth. 69 und sonst. Lex Burg. II 2: minor, mediocris, nobilis. Cap. I ad leg. Sal. c. 9 (Behrend, Lex Sal. 91). Vgl. K. Maurer, Ueber das Wesen des ältesten Adels S 28 f. 47 f. 79 f. Schröder, Die Franken und ihr Recht, in Z der Sav.-Stiftung, german. Abth. II 54. Göhrum, Ebenbürtigkeit S 62 Anm 7.

einen Unterschied in den Grundbesitzverhältnissen abstellt, sei es auf denjenigen zwischen bäuerlichem Kleinbesitze in der Gemeindeflur und herrschaftlichem Grossgrundbesitz, sei es auf denjenigen zinshafter und unter fremder Munt stehender Hintersassen und der auf freiem Gute sitzenden Sondereigner, gemäss Ed. Liutpr. 83: de minimis hominibus qui nec casas nec terras suas habent. Wohl scheint hier der Ausdruck minimi homines nicht gerade in technischem Sinne gebraucht zu sein; um so bemerkenswerther ist, dass die lex Bai. XVII 2 in Streitigkeiten über Grundeigenthum nur denjenigen zum Zeugnisse zulässt, der commarcanus der Partei ist et habet sex solidorum pecunia et similem agrum. Vergleichen wir dies mit Cap. I ad leg. Sal. c. 9, wo auch bezüglich der Eideshilfe (freilich nicht im Grundeigenthumsprozesse) die Unterscheidung der Dorfgenossen in meliores und minofledi aufgestellt ist, so ist wahrscheinlich, dass der Unterschied wirklich auf Art und Maass des Besitzes beruhte. Dazu kommt dann noch die entscheidende Stelle aus c. 6 des Cap. Worm. von 829[3]: De liberis hominibus qui proprium non habent, sed in terra dominica resident, ut propter res alterius ad testimonium non recipiantur. Coniuratores tamen aliorum liberorum hominum ideo esse possunt, quia liberi sunt. Damit steht fest, dass schon im 9. Jahrhundert freie Zinsleute auf herrschaftlichem Grund und Boden (also nach unserer Annahme die minores oder minofledi) nicht nur im Wergelde, sondern auch in einzelnen gerichtlichen Functionen den Grundeigenthümern nicht mehr ebenbürtig waren.

Vollfreie Grundeigenthümer und zinspflichtige Hintersassen, das ist nun in der That der Gegensatz, welcher die Grundlage der ständischen Abstufung der Freien im Landrechte des Mittelalters abgiebt. Oder genauer: es ist nicht der Gegensatz von Besitz oder Nichtbesitz eines Grundeigenthums, denn man kann zu den Vollfreien (den Schöffenbaren der späteren Zeit) gehören, ohne selber ein Freigut zu haben, sondern der von Unabhängigkeit und Zinspflichtigkeit, der sich als das eigentlich juristische Moment in der Gegenüberstellung von qui proprium habent und qui in terra dominica resident ausspricht, also der Gegensatz von selbständigen Freien und Muntleuten. Die Grenze ist da, wo die Vogtei (Munt) beginnt. Alles was darüber liegt, ist wenigstens jedenfalls seitdem der altgermanische Geschlechtsadel verschwunden und durch den neuen Beamtenadel ersetzt ist, ein Stand, Fürst und vollfreier Bauer stehen sich ständisch gleich. Was aber unter der entscheidenden Grenzlinie liegt, durch eine Vogtei, wenn

[3] Pertz I 354.

auch in noch so leichtem Maasse gebunden erscheint, steht schon eine rechtliche Stufe tiefer. Die Vogtei hat sich aber im Mittelalter auf die bäuerlichen Zustände zurückgezogen, die Vasallität, die schon in karolingischer Zeit eine Munt (Vogtei) des Herrn über die Vasallen nur noch im Felde, als Militärrecht, gekannt hat, ist mit der steigenden Ehre des Waffendienstes ihr ganz entfremdet; das Lehnrecht niedrigt die landrechtliche Stellung des Lehnsmannes nicht, ist also ohne Einfluss auf das Standesrecht. Für dieses letztere ist maassgebend die Freiheit von Vogteisteuer, bezw. die Unterwürfigkeit unter vogteiliche Abgaben und Leistungen.

Für dieses Ständerecht der Freien, wie es vom 9. bis ins 13. Jahrhundert geherrscht hat, ist der Sachsenspiegel die vollständigste Quelle, obschon wir für das Detail seine durchaus ostfälische Färbung nicht verkennen dürfen. Selbst auf Westfalen passt seine Darstellung im einzelnen nicht mehr, weil dort wohl schon früh die Inhaber der Freigüter den vogteipflichtigen Leuten viel näher standen oder geradezu Vogteileute (Pfleghafte) geworden waren (vgl. unten § 95), auch die Erblichkeit der Schöffenstühle nicht bestand. Aber das wesentliche Kriterium der Gliederung der Freien, Unabhängigkeit oder Vogtei, ist allgemein für ganz Deutschland anzunehmen.

Dreierlei Freie giebt es, sagt der Sachsenspiegel, schöffenbarfreie Leute, Pfleghafte und Landsassen. In dieser Eintheilung, in welcher die schöffenbarfreien den obersten Rang einnehmen, ist für einen besondern Adelsstand kein Raum. Schöffenbarfrei heissen diejenigen, welche zu einem Freigut, zu einem vogteisteuerfreien Eigen, praedium libertatis suae[4], geboren und erbberechtigt sind, und das ist auf dem Standpunkte des Sachsenspiegels, der seine Eintheilung nach der Freiheit oder Abhängigkeit des Grundbesitzes disponiert, die höchste Stufe, auf der sich Fürsten und Herren mit den Gemeinfreien zusammenfinden, so dass alle diese sich gleich sind in Wergeld und Busse, wenn auch die Fürsten solche zur Auszeichnung in Gold empfangen[5].

Es darf nicht zu sehr auffallen, dass das höhere Wergeld des Adels, das in den Volksrechten durchweg besteht und zumal nach der lex Sax. das sechsfache des Wergeldes der Freien beträgt, so ganz verschwunden ist. Die Erklärung liegt darin, dass nicht nur jene götterentstammten Geschlechter der Urzeit früh untergegangen sind, sondern auch, worauf Ficker[6] aufmerksam macht, die meisten alten Grafen-

---

[4] Homeyer, Ueber die Heimat etc. Abh. der Berliner Akademie, 1852. Waitz, Urkunden zur deutschen Verfassungsgeschichte S 39 ff.

[5] Ssp III 45 § 1. Stobbe, Z f. DR XV 323. Schröder, Z f. RG III 467.

[6] Heerschild S 155; Reichsfürstenstand I 86.

häuser, die selber kaum mehr dem Uradel entstammten, schon im 12. Jahrhundert ausgestorben sind. So besteht der Fürsten- und Herrenstand des 12. und 13. Jahrhunderts aus Leuten, deren Eltern und Grosseltern als einfache ingenui in der Erinnerung lebten, wie auch seine ständische Bezeichnung schlechtweg liber blieb, und princeps nur die politische Stellung angab. Für Auszeichnung des Herrenstandes als eines besonderen Geburtsstandes fehlte jeder Anlass, diese Herren waren gleichen Blutes und gleicher Geburt wie der auf freiem Gute sitzende und Ackerwirthschaft treibende Bauer[7].

Als zweite und dritte Stufe der Freiheit nennt der Sachsenspiegel die Pfleghaften und die Landsassen, d. h. die zwei Classen bäuerlicher Bevölkerung, die sich durch Unterwerfung ihres Eigens oder selbst ihrer Person unter Vogtei und Vogteisteuer geniedert haben. Sie sind noch persönlich frei, die Pfleghaften haben sogar Eigen, aber es ist gegenüber dem Gerichts-(Landes-)herrn mit Vogteisteuern belastet, womit wahrscheinlich die Befreiung vom Reichsdienste ist erkauft worden; und die Landsassen sitzen als Zinsleute auf fremdem Grund und Boden. Bei jenen also landesherrliche Vogtei, bei diesen gutsherrliche Gewalt, in beiden Fällen Standesniedrigung, weil der Vogtei- oder Grundherr in der That ihr Herr und als solcher ihr Uebergenoss ist.

Was aber im 9. Jahrhundert noch in den ersten Anfängen begriffen lag, ist im Sachsenspiegel grundsätzlich durchgeführt: die ständische Trennung der Vollfreien (Schöffenbaren) und der Pfleghaften und Landsassen (Vogteileute). Im 9. Jahrhundert sehen wir doch noch nichts von ausgesprochener Unebenbürtigkeit der freien Hintersassen mit den Vollfreien, es sind Ansätze dazu vorhanden, aber sie ist noch nicht ausgebildet. Im 12. Jahrhundert liegt sie unbedingt vor. Wir bemerkten, dass die Munt dazu den Anstoss gegeben hat, aber sie ist nicht der einzige Factor geblieben, der die weitere Entwicklung beeinflusst hat. Es musste noch ein solcher von politischer, öffentlichrechtlicher Seite hinzukommen, denn Stände und Ständerecht gedeihen nur auf politisch-socialer Basis.

Er fand sich im Gerichtswesen. Wie die Tendenz des Erblichwerdens alle Beamtungen ergriff, so unterwarf sie sich auch das

---

[7] Dass im 12. Jahrhundert die Hauptmasse der Schöffenbarfreien aus schlichten Bauern bestand, darf nicht bezweifelt werden; es geht z. B. deutlich hervor aus der Urk. von 1155 im Cod. dipl. Anhalt. I Nr 413, wo aus einer ganzen grossen Reihe von Dörfern jeweilen eine ansehnliche Zahl von Bauern als Zeugen einer Grafengerichtsverhandlung aufgeführt und zum Ueberfluss auch einmal als scephenen bezeichnet werden.

Schöffenamt, und wie die erblich gewordenen Aemter auf einem Gute ruhend erscheinen, so liegt auch der Schöffenstuhl auf einem Gute. Die karolingischen Capitularien sagen nichts davon, dass zum Schöffenamte Besitz freien Eigens nöthig sei. Aber es ist begreiflich, dass, wie das Amt erblich wurde und somit, gemäss den bei erblich gewordenen Aemtern geltenden Grundsätzen, die Verbindung mit einem Gute suchen musste, es nicht auf einem Zinsgute ruhen konnte; ein Schöffengut, das einen Schöffenstuhl trug, durfte nur ein von jeglicher Vogteisteuer freies Eigen eines freien Mannes sein, der alle Pflichten gegen Kaiser und Reich im Heerbann und sonst erfüllte. War aber den Vogteileuten einmal das Schöffenamt im Grafengericht abhanden gekommen, so mussten die andern gerichtlichen Functionen, wie Zeugnis, Eidhilfe, Fürsprechen, im Laufe der Zeit auch für sie verloren gehen. Die Dingpflicht und die Gerichtsgenössigkeit selbst blieben davon unberührt und dauerten auch für die Vogteileute noch lange Zeit fort, wie z. B. im Jahre 1090 die Biergelden (Pfleghaften) mehrerer Dörfer in pleno unter dem Bauermeister im echten Dinge des Grafen erscheinen[8] und vielfach das Ausscheiden dieser Vogteileute aus dem Landgerichte erst spät erfolgte. Aber sie spielten in diesem Gerichte eben mehr und mehr eine passive Rolle, und die vollfreien Eigenthümer liessen sich die Ausübung jener gerichtlichen Functionen gegen sich von ihnen nicht mehr gefallen.

Statt Unabhängigkeit oder Unterwürfigkeit unter Vogtei wird daher wohl Fähigkeit oder Unfähigkeit zum Schöffenamt im Grafengerichte als Kriterium der Standesverschiedenheit angesehen; Beweis hiefür ist der Name „Schöffenbarfreie“ für den ersten Stand, fraternitas scabinorum oder Schöffenbrüder, wie sie in Köln genannt wurden, d. h. zum Schöffenamte Befähigte, und eben darum nothwendig zu einem Freigut Geborene, weil der Schöffenstuhl auf ein solches musste gelegt werden.

Sie brauchten nicht selber Eigenthümer eines Freiguts zu sein. Aber sie mussten einer Familie angehören, in welcher ein Freigut sich vererbte, mochten sie im übrigen auch noch so entfernte Aussicht haben, dieses Freigut je selber zu erben. Dass die Schöffenbarkeit diese Bedeutung hat, ergiebt der berühmte Satz des Sachsenspiegels, der vom Handgemal handelt[9]. Ein Schöffenbarer, heisst es da, weigert sich Kampfes, so lange der Ansprecher nicht den Beweis seiner vier Ahnen und seines Handgemals erbringt, d. h. man beweist seine

[8] Möser, Osnabrück. Geschichte, Urk. Nr 39. Ebenso Nr 44. 251 Anhang.
[9] Ssp I 51 § 4, III 29 § 1.

Schöffenbarkeit durch Nachweis der Abkunft von freien Eltern und Grosseltern und des in seiner Familie vererbten Freiengutes (Handgemal = chirographum, Hand- und Hauszeichen), womit auch zugleich die Schöffenbarkeit von Vater und Grossvater väterlicher Seite gegeben ist[10].

Dass nach dem Sachsenspiegel Pfleghafte und Landsassen den Schöffenbarfreien nicht ebenbürtig sind, kann kaum beanstandet werden, obschon es blos ein späterer Zusatz ganz bestimmt ausspricht: Ssp III 73 § 1, wo von Unebenbürtigkeit des Pfleghaftenkindes gegenüber der schöffenbaren Mutter die Rede ist. Eine Hindeutung darauf enthält Ssp II 12 § 2 und namentlich III 45 § 1. 4. 6. Aber eine nicht unerhebliche Schwierigkeit ist hiebei nicht zu übersehen. Wäre die Unebenbürtigkeit der Pfleghaften und Landsassen gegenüber den Schöffenbarfreien consequent durchgeführt, so müssten nach der Ausführung in § 37 die Kinder aus der Ehe eines Schöffenbaren mit einer Frau vom Landsassenstande, weil in ungleicher Ehe geboren, dem Stande der Mutter folgen und könnten den Vater als ihm unebenbürtig nicht beerben. Das nehmen auch die meisten Schriftsteller an, aber es scheint doch mit mehrfachen Aussprüchen des Sachsenspiegels nicht vereinbar[11]. Vor allem fällt in Betracht, dass der Satz in Ssp I 16 § 2, der offenbar so recht mit der Prätention einer wahren sprichwörtlichen regula juris auftritt, das Gegentheil sagt: Svar't kint is vri unde echt, dar behalt it sines vader recht. Nun, das Kind eines Schöffenbaren und einer Pfleghaften ist jedenfalls frei, folglich erhält es nach dieser Stelle den Stand des Vaters, wird ihm ebenbürtig, was sonst bei Ehen eines höher geborenen Mannes mit einer geringeren Frau nicht der Fall ist. Zu demselben Resultat scheint Ssp III 72 und 73 § 1 zu führen: „Das echte und freie Kind behält den Stand seines Vaters und beerbt ihn, und ebenso die Mutter, wenn es ihr ebenbürtig oder besser geboren ist. Nimmt aber ein schöffenbarfreies Weib einen Pfleghaften oder einen Landsassen, so sind die Kinder aus dieser Ehe der Mutter nicht ebenbürtig, sie haben des Vaters Recht und beerben die Mutter nicht.“ Da der erste Satz von vorneherein nur von freien Kindern spricht, so ist der Gedanke an eine Ehe zwischen Freien und Unfreien ausgeschlossen, denn sonst könnte das Kind nicht frei sein. Von diesem freien Kinde wird gesagt, es könne seiner Mutter ebenbürtig oder besser geboren sein; damit ist die Möglichkeit

[10] Die Erklärung des Ausdrucks „vier Ahnen“ in dieser Stelle s. bei Schröder, Z f. RG III 476 f.

[11] Hierüber besonders der angef. Aufsatz Schröders in Z f. RG III.

einer Standesverschiedenheit zwischen Mutter und Kind auf dem Boden beiderseitiger Freiheit angenommen, und eine solche ist nur denkbar, wenn man den Vater als schöffenbarfrei, die Mutter als pfleghaft oder landsässig annimmt. Mit Göhrum I 338 f. diese Stelle auf die Ehe zwischen einem Fürsten oder Herrn und einer Schöffenbaren zu beziehen, geht nicht an, weil diese unbedingt durchweg ebenbürtig waren und die Kinder aus solcher Ehe nicht besser geboren sein konnten als die Mutter[12]. Der von Göhrum bei unserer Auffassung vermisste Gegensatz, der doch durch das „nimmt aber" gefordert sei, ist in der That vorhanden, und zwar so: heiratet ein Schöffenbarer eine Frau pfleghaften Standes, so beerbt das Kind die Mutter als besser geboren; nimmt aber eine Schöffenbare einen Pfleghaften, so beerbt das Kind die Mutter nicht.

Ziehen wir endlich noch Ssp I 33 herbei: das nach des Vaters Tode geborene Kind beerbt ihn, und stirbt es darauf, so vererbt es das Gut auf seine Mutter, wenn sie ihm ebenbürtig ist. Der Spiegler denkt also an die Möglichkeit, dass ein Kind, das den Vater beerbt hat, seinerseits von der Mutter nicht könnte beerbt werden, weil es höherer Geburt ist als sie. Dass die Mutter unfrei und darum dem Kinde unebenbürtig sei, ist ausgeschlossen, weil eine unfreie Mutter kein freies Kind gebären kann, das seinen freien Vater beerben könnte. Der einzig denkbare Fall ist auch wieder der, dass der Vater aus schöffenbarfreiem, die Mutter aus pfleghaftem Stande und darum das Kind der Mutter besser geboren ist.

So wird es doch auf den Satz herauskommen, dass Ehen zwischen Angehörigen des schöffenbaren und des pfleghaften oder landsässigen Standes unter allen Umständen, auch wenn die Frau der niedriger geborene Theil war, den Kindern den Stand des Vaters gaben. Das ist eine Unregelmässigkeit, die in dem oben dargestellten System des Ebenbürtigkeitsrechtes ein fremdartiges Moment bildet. Sie kann sich nur als ein stehen gebliebener Rest aus einem Rechtszustande erklären, der in dem freien Stande noch keine ständische Trennung gekannt hatte, und verdankt vielleicht ihre fortdauernde Geltung zum Theil der volksthümlichen Fassung in jenem Reimsprichworte, das stets fort im Volksmunde lebte und daher allgemein respectiert und auch von Eike in den Sachsenspiegel (I 16 § 2) aufgenommen wurde.

Wir haben bisher den Sachsenspiegel allein reden lassen, um den von ihm gebotenen Vortheil nicht preis zu geben, das Ständesystem des älteren Landrechtes auf Grund solcher einheitlicher Anschauung

[12] Die Auskunft bei Göhrum in dieser Beziehung ist mehr als dürftig.

darzulegen. Aus der Zeit, da dieses Ständerecht blühte, mangeln uns andere Quellen gleichen Umfanges und gleichen Werthes, und was der Sachsenspiegel für Ostfalen in so grundsätzlich zusammenhängender Weise darstellt, könnte für Süddeutschland nur mühsam aus einer Masse einzelner Urkunden und Berichte zusammengesucht werden, wobei doch, wegen der Verschiedenartigkeit dieser Zeugnisse, ihrer Berücksichtigung verschiedener Orts- und Landesgebräuche und ihrer Abweichungen in der Bezeichnung der ständischen Unterschiede, ohne sehr einlässliche Untersuchung kein überzeugendes Resultat herzustellen wäre. So viel indessen ist als unzweifelhaft anzusehen, dass auch in Süddeutschland bis in das 13. Jahrhundert hinein das geschilderte Ständerecht der Freien im Hauptprincip Geltung hatte[13]. Noch spät unterscheiden Weisthümer „Vogtleute“ und „Freie“, homines jure advocaticio subjecti und liberae conditionis. Unter den Vogtleuten werden allerdings sehr verschiedene Classen von abhängigen Leuten zusammengefasst, und der Ausdruck bezeichnet nicht gerade eine bestimmte Art wie Pfleghafte, aber jedenfalls sind die in Süddeutschland den Pfleghaften und den Landsassen des Sachsenspiegels entsprechenden Personen unter den Vogtleuten inbegriffen, wenn auch dieser Ausdruck vielleicht unter Umständen weiter greift. Entscheidend für unsere Frage ist, dass die als Freie, liberi schlechtweg, den Vogtleuten gegenübergestellten Personen noch lange nach dem 12. und 13. Jahrhundert in Verfassung und Gericht wie im Privatrechte eine über den Vogtleuten stehende Stufe einnahmen; namentlich stehen sie unter dem gemeinen Landrechte, selbst wenn sie einer Herrschaft untergeben sind, womit, nebenbei bemerkt, zusammenhängt, dass die Weisthümer und Offnungen, welche sie betreffen, von ehelichem Güterrechte und Erbrechte sozusagen nichts enthalten. Die Annäherung dieser Freien an die Vogtleute tritt seit dem 13. Jahrhundert durch Hereinziehung derselben unter Vogtsteuern mehr und mehr ein, wie eben auch der schöffenbare Stand in Sachsen einer Auflösung anheim fällt, aber jene Ueberreste von freien Gerichtsgemeinden in der Schweiz, die Freien des Freiamts Affoltern, des Freiamts Willisau u. s. f., von denen Wyss a. a. O. so instructiv gehandelt hat, zeigen doch noch deutlich die Herkunft von jenen alten Gemeinfreien, die nur öffentlicher Gewalt unterliegen, wie es z. B. von ihnen heisst[14]: „Grave Albrecht hat mit den vrien liuten ze Ergowe niut ze

---

[13] Ueber dieses und das Folgende vergl. den trefflichen Aufsatz von F. v. Wyss: Die freien Bauern der Schweiz, in Z f. schweiz. R XVIII, bes. S 104 ff.

[14] Herrgott, Geneal. Habsb. II 255.

tune wan daz si sine lantage leisten sune.“ Das stimmt sehr auffallend mit dem Satze des Ssp I 2 § 3: die Schöffenbaren sollen des Grafen Ding suchen und haben hiemit ihr Eigen verfangen gegen den Richter, dass es alles Dinges ledig von ihm ist. Und sahen wir oben, dass in Sachsen die Hauptmasse der Schöffenbaren des 12. Jahrhunderts als einfache Bauern zu denken sind, so kann man ohne Bedenken der Bemerkung von Wyss S 110 beistimmen: „Hätten wir näher eingehende Zeugnisse über den Zustand der Freien aus dem 12. Jahrh. oder noch dem Anfange des 13. Jahrh., so würde sich auch ohne Zweifel volle Identität derselben mit den Schöppenbarfreien herausstellen[15].“

Zum Schlusse mag noch auf folgendes hingewiesen werden. Es entspricht der Natur der Sache, dass gerade in Folge der ständischen Absonderung von Schöffenbarfreien und Vogtleuten der Charakter des schöffenbarfreien Standes als reinen Geburtsstandes in ein bestimmteres Licht trat und auch im Rechte eine besonders scharfe Fassung erhielt. Denn während jeder Freie Vogteimann werden konnte durch Eintritt in solches Verhältnis, war freie Wahl des Schöffenbarenstandes eine Unmöglichkeit, man musste in dem Stande geboren sein, und der Beweis der Schöffenbarkeit ist sogar geschärft auf Beweis der Abkunft von schöffenbarem Vater und Grossvater. Vogteimann dagegen wird man vom ersten Tage der Unterwerfung unter Vogtei an, und die Angehörigkeit in die bestimmte Vogtei wird daher jeweilen vorzugsweise, ja einzig betont, die Geburt tritt darüber zurück und wird nicht als maassgebend hervorgehoben. Deshalb dem Stand der Vogteileute das Wesen eines wahren Geburtsstandes abzusprechen[16], geht insofern zu weit, als er nach unten, den Unfreien gegenüber, doch in gleicher Weise durch die Geburt abgeschlossen war wie der schöffenbare Stand gegen ihn selbst. So wenigstens bis ins 13. Jahrhundert. Später sind Umwandlungen eingetreten, welche die Grenze zwischen Vogtei- und Eigenleuten zu verwischen geeignet waren, hauptsächlich in Folge der Uebertragung der persönlichen Unterschiede auf das dingliche Gebiet (§ 42 a. E.).

---

[15] Im 14. und 15. Jahrhundert wären allerdings diese Freiamtleute in der Schweiz, da sie nun auch meistens Vogtsteuer zahlen, mit den Pfleghaften zu vergleichen, namentlich bezüglich ihrer gerichtlichen Stellung, wie denn die Analogie des Freiamtmanns mit dem Schultheissen des Sachsenspiegels vielfach auffallend ist. Doch auch bezüglich des Umstandes, dass die Vogtleute ihnen mehr und mehr ebenbürtig werden.

[16] v. Wyss a. a. O. S 105. 134.

§ 40. 2. Im Lehnrechte.

Die bis zum 13. Jahrhundert rein auf landrechtlichem Boden sich vollziehende Entwicklung der Standesverhältnisse der freien Leute war schon seit einiger Zeit von einer Gegenbewegung durchkreuzt, welche sich, sobald sie in das Rechtsgebiet eintrat und da wirksam wurde, im Lehnrecht ihren Mittelpunkt schuf und daher als lehnrechtliche Standesbildung mag bezeichnet werden. Anfangs freilich liegt mehr der Gegensatz zu Grunde, dass sie nicht vom Princip der Geburt, sondern des Berufs ihren Ausgang nimmt; aber sie bewegt sich, solange dieser Gesichtspunkt vorwaltet, ausserhalb des Rechts auf rein socialem Gebiete und ergreift nur allmählich von hier aus das Rechtsgebiet.

Seitdem das alte Heerbannsprincip aufgelöst, an die Stelle des Volksaufgebotes die Mahnung der Lehnsmannen getreten und in dem Lehnsheere dem Reiterdienst die Hauptrolle zugefallen war, veränderte sich die Kriegführung in einer Weise und erhob sie solche Ansprüche an den Reiter (Ritter), dass ohne beständige Waffenübung den Anforderungen kaum mehr zu genügen war. Wer Reiterdienst leisten wollte, musste ritterliche Lebensart führen, und aus diesen rittermässig lebenden und in Rittersart sich beschäftigenden Personen bildete sich eine sociale Genossenschaft, welche gewisse Gebräuche bei sich einführte und sich gesellschaftlichen Regeln aller Art unterwarf. Dieser ordo militaris war noch kein Stand im Rechtssinne, sondern blos ein gesellschaftlicher Kreis von Genossen gleicher Lebensweise, um so weniger darum auch an ein Rechtsgebiet gebunden, sondern über den ganzen Westen Europas verbreitet, dessen Ritter sich ja so oft auf den Kreuzzügen zu gemeinsamer Action zusammenfanden. Dieser seiner ersten Anlage gemäss liess er die landrechtlichen Stände unberührt und unverändert, obschon er Freie und Dienstleute in sich fasste. In dieser Gestalt kennt ihn der Sachsenspiegel; er erwähnt hie und da Leute von Rittersart; ob er darunter alle Schöffenbarfreien versteht oder nur die kriegerischer Lebensweise ergebenen Schöffenbaren, ist bestritten[1]. Doch sehe ich nicht recht, wie die nicht rittermässig lebenden schöffenbaren Bauern als Leute von Rittersart hätten bezeichnet werden können. Wenn sächs. Lehnr. 2 § 1 und Ssp I 27 § 2 nur die Leute von Rittersart des Lehnrechtes, also des Heerschildes theilhaftig erklärt, Ssp I 3 § 2 dagegen den Schöffenbaren den fünften Heerschild zuweist, so ist der Schluss doch zu gewagt, dass alle Schöffenbaren lehnsfähig, also von Rittersart gewesen seien, denn

---

[1] Stobbe, Die Stände des Sachsenspiegels, Z f. DR XV 335 f. Ficker, Vom Heerschilde S 157 ff.

die letztere Stelle kann gar wohl nur meinen: Schöffenbare unter der selbstverständlichen Voraussetzung, dass sie lehnsfähig, also von Rittersart sind, und muss das meinen, denn „die Heerschildstufen haben nur lehnrechtliche, nicht landrechtliche Bedeutung und kommen nicht für solche in Betracht, welche wie die unbelehnten Schöffenbaren dem Kreise des Lehnrechts ganz ferne stehen“ [2]. Ebenso muss Ssp III 54 § 1, wo für Gerichtslehn Schöffenbarkeit als erforderlich erklärt wird, so verstanden werden, dass die für Lehn überhaupt nothwendige Voraussetzung der Rittermässigkeit als selbstverständlich nicht genannt wurde. Gegen die Identität der Schöffenbaren mit den Leuten von Rittersart spricht, dass der Ssp überhaupt die letzteren als eine besondere Classe erwähnt. Wie kam er dazu, in der Darstellung des Landrechtes der Schöffenbaren von Rittern zu reden? Warum nannte er nicht auch bei Morgengabe und Heergewäte (I 20 und I 27 § 2) einfach die Schöffenbaren? Offenbar darum nicht, weil das dort Mitgetheilte nicht auf alle Schöffenbaren passte, sondern nur auf die rittermässig lebenden.

Wie dem auch sei, das für uns in Betracht Kommende ist, dass im Landrechte der Unterschied zwischen Leuten von Rittersart und Schöffenbarfreien nicht wirksam ist. Um so mehr für das Lehnrecht. Dasselbe stellt schon früh den Satz auf: nur wer von Vater und Grossvater her von Rittersart ist, kann ein Lehn erwerben [3]. Hier ist

---

[2] Ficker a. a. O. S 159. 162.

[3] Sächs. Lehnr. 2 § 1. Richtst. Lehnr. 28 § 3. Es wird aber allgemein angenommen (Homeyer II 2 S 300; Schröder, Z f. RG III 462), dass die alte Regel gewesen sei: ritterliche Abstammung von vier ritterlichen Ahnen, was allerdings das Kl. Kaiserr. III 5 ausdrücklich fordert und die Gl. zu sächs. Lehnr. 20 und Ssp I 5 bestätigt. Auch beruft man sich auf das Reichsgesetz Friedrichs I. von 1156 de pace tenenda Art. 10 (Pertz II 103), wonach sich keiner, der wegen Friedensbruches angeklagt ist, durch Zweikampf reinigen darf, nisi probare possit quod antiquitus ipse cum parentibus suis natione legitimus miles existat. Ich sehe weder in diesem, verschiedener Deutung fähigen Ausdruck parentes, noch in den späteren Abweichungen der Glosse und des Kaiserrechts genug Veranlassung, von dem bestimmten Wortlaute des sächs. Lehnr. abzugehen. Der Meinung Homeyers, das Streben nach Erweiterung der Lehnsfähigkeit habe zu der in Richtst. Lehnr. 28 § 3 bestimmt ausgesprochenen Beschränkung auf ritterlichen Vater und Grossvater geführt, dürfte eher entgegengestellt werden die Ansicht: das Streben nach strengerer Abschliessung des Ritterstandes führte zu Erschwerung der Voraussetzungen der Ritterbürtigkeit. Dass auf rittermässige Herkunft von Mutter und mütterlichen Grosseltern wäre gesehen worden, ist für jene frühe Zeit gar nicht wahrscheinlich, wo der Stand noch in der Bildung begriffen war, so wenig wie für Schöffenbarfreiheit schon vier schöffenbarfreie Ahnen verlangt wurden. Im Geiste der Zeit liegt entschieden das Genügen an ritterlichem Vater und Grossvater. Richtig Göhrum, Ebenbürtigkeit S 331 f.

also schon von Ritterbürtigkeit zu reden, die Ritterschaft ist Geburtsstand im Lehnrechte, und sie umfasst in dieser ihrer lehnrechtlichen Bedeutung und Stellung zwei nach Landrecht ganz verschiedene Stände, Freie und Dienstleute.

Es liegt darin eine Scheidung der Rechtsfähigkeit zu Landrecht und der Rechtsfähigkeit zu Lehnrecht ausgesprochen: jene entspringt der freien Geburt, diese, die Lehnsfähigkeit, der ritterlichen Geburt. Daran schliesst sich das Weitere: wie der freie Mann sich niedert durch Unterwerfung unter einen Gleichgeborenen als Vogteiherrn, so niedert sich der Lehnsfähige durch Unterwerfung unter einen Lehnsgenossen als Lehnsherrn. Und in dieser Beziehung stellt sich neben die landrechtliche Ständeordnung eine lehnrechtliche, welche in dem System der Heerschilde zum Ausdruck gelangt. Dieses System reproduciert in dem allerdings sehr engen Kreise des Rechts der Lehnsfähigkeit, also des Rechts auf Lehnserwerb, das Princip der Rechtsgenossenschaft und der Ebenbürtigkeit[4]. Alle in gleichem Range und auf gleicher Stufe der Lehnshierarchie Belehnten bilden eine Genosssame, welche die Bedeutung hat, dass ihnen die Fähigkeit zukommt, Personen des nächstniederen Schildes zu Lehnsmannen zu haben. Wer also selber Lehn von einem Genossen nimmt, niedrigt seinen Schild und macht sich dadurch unfähig, Lehnsherr seiner neuen Lehnsgenossen zu sein[5].

So scheinen auf den ersten Blick Land- und Lehnrecht besondere, für sich abgegrenzte Gebiete zu sein, die einander weiter nicht beeinflussen, sodass man denken sollte, die landrechtliche Standesbildung bleibe von dieser lehnrechtlichen unberührt, d. h. nach der freien Geburt entscheide sich ferner die Stellung im Landrechte, nach der Ritterbürtigkeit die Stellung im Lehnrecht. Und es könnte hierfür der Sachsenspiegel angerufen werden, der beide Punkte sauber aus einander halte. Aber in Wirklichkeit sind die beiden Gebiete nicht derart von einander getrennt, dass sie nicht gegenseitig tiefgreifende

---

[4] Denn nicht in Bezug auf die andern persönlichen Rechte besteht das Ebenbürtigkeitssystem für die Heerschilde, z. B. nicht bezüglich der Eideshilfe und der Zeugnisfähigkeit, der Ministerial ist in Lehnssachen gegen den Freiherrn zeugnisfähig. Das Reichsgesetz von 1222 (Pertz II 249) sagt das ausdrücklich, einzig exceptis feodis principum. Bezüglich der Ehe (vgl. oben S 34 Anm 3) geben die Rechtsquellen auch keine Anhaltspunkte.

[5] Insofern, aber auch nur in dieser Anwendung, ist die Heerschildordnung eine lehnrechtliche Standesgliederung, indem den verschiedenen Heerschilden eine verschiedene Fähigkeit zu Lehnserwerb und Lehnsherrschaft entspricht, der Fürst, der sich durch Lehnsempfang von einem Genossen (abgesehen von der alten Ausnahme der Kirchenlehen) niedrigt, selber nicht mehr Fürst sein und edle Herren zu Mannen haben kann, sondern in den Heerschild und Lehnsrang der edlen Herren tritt.

Einwirkung auf einander ausüben sollten: die sociale Ordnung, die gesellschaftliche Gruppierung der verschiedenen Volksclassen muss in beiden Rechtskreisen, des Land- und des Lehnrechts, doch immerhin gleiche Grundlagen schaffen.

Zunächst der starke Einfluss der landrechtlichen Ständegliederung auf das Lehnrecht zeigt sich in der Heerschildordnung selbst recht eingreifend. Diese ist allerdings ihrer eigentlichen Bedeutung nach die nach lehnrechtlichen Gründen, auf der Basis der lehnrechtlichen Abhängigkeit aufgestellte Gliederung und Organisation des Reichsheeres. Wäre der Gedanke rein durchgeführt, so müssten nun aber die Reichsministerialen als vom obersten Kriegsherrn direct belehnt sofort auf der ersten Rangstufe nach ihm stehen. Das ist nicht der Fall. Die Heerschildordnung beruht vielmehr auf einem Gemisch politischer, also öffentlich-rechtlicher, landrechtlicher und lehnrechtlicher Momente und Elemente. „Die Streiter des königlichen Heeres gliederten sich nach politischer Macht, nach Geburt, nach Lehnsverbindung in einer Reihe von Stufen[6].“ So wenig wie das Lehnswesen eine von allen Einflüssen der sonstigen socialen Zustände unberührt bleibende Existenz führen kann, so wenig kann die Heerschildordnung in auffallenden Contrast mit dem übrigen Rechtsleben treten, sondern muss sich den Grundlagen des ständischen Lebens im ganzen und grossen anschliessen. Darum kann sie nicht die Reichsministerialen, die als unfrei selbst unter den Schöffenbaren stehen, als directe Reichslehnsträger und dieser ihrer Reichslehen wegen auf gleiche Stufe mit den Fürsten stellen und selbst über die Laienfürsten emporheben, sie kann blos den rechtlichen Unterschied zwischen Freien und Dienstleuten für diejenigen Kreise ausschliessen, für die ihn das sociale Leben selbst ignoriert, und daher die schöffenbarfreien Ritterbürtigen und die Dienstleute einander gleichstellen. Grösser aber war doch die Einwirkung des Lehnrechtsorganismus auf die ständische Ordnung des Landrechtes. Es ist sehr auffallend, was meines Wissens von Ficker[7] zuerst hervorgehoben worden, dass es, der Auffassung und Darstellung des Ssp sehr wenig entsprechend, schon am Ende des 12. Jahrhunderts schöffenbare Ministerialen gab, dass es also möglich geworden war, die landrechtliche Schöffenbarkeit zu behaupten trotz Eintritt in eine Dienstmannschaft. Das lässt sich nur dadurch erklären, dass vermöge der Ritterbürtigkeit die Dienstleute im Lehnsverbande und damit in dem gesellschaftlichen Verkehre des täglichen Lebens Ge-

---

[6] Homeyer, Ssp II 2 S 295.
[7] Vom Heerschilde S 169 f.

nossen der freien Leute von Rittersart geworden waren. Mochte es immerhin noch bei dem Satze des Ssp bleiben, dass der Uebergang von der Dienstmannschaft zur Schöffenbarfreiheit nicht möglich sei, weil der Mangel eines Guts mit Handgemal eine unüberwindliche Schwierigkeit bot, so lag die Sache anders bei Eintritt eines Freien in die Ministerialität, weil dieser seine Beziehung zum Handgemal beibehalten konnte, sobald keine sociale Werthverminderung mehr mit diesem Eintritte verknüpft war. Ja dieser Eintritt in eine Dienstmannschaft, obschon sie ein unfreies Verhältnis war, schadete dem Stande weniger als der Eintritt in eine bäuerliche Vogtei, die doch die persönliche Freiheit nicht antastete, weil dort der schöffenbare Ministerial mit seinen Genossen freier ritterbürtiger Abkunft im Lehngerichte vereinigt war, und so die Fortdauer seines Genossenrechts mit ihnen im Landgerichte um so leichter bestehen konnte, zumal wenn er sich den Fortbesitz freien Eigens bewahrt hatte.

Wir sehen daraus, dass die Ritterbürtigkeit und die durch sie begründete Stellung in der Lehnsverfassung doch schon zur Zeit des Ssp einer consequenten Weiter- und Durchführung des Ständerechts in alter Weise, ausschliesslich nach dem Kriterium der freien oder unfreien Geburt, selbst auf rein landrechtlichem Gebiete, hindernd in den Weg getreten war. Das ist natürlich, denn das sociale Leben jener Zeit beruhte nicht mehr auf den Gegensätzen von freier und unfreier Abkunft, sondern auf dem von ritterlicher Lebensart und bäuerlicher Beschäftigung. In dieser Sonderung kam der gesellschaftliche Charakter der Zeit zum Ausdruck, und es schien daher nichts natürlicher als die Ständegliederung auch nach diesem Kriterium zu disponieren. Im gewöhnlichen Leben ging das ganz gut, aber ob es auf dem Rechtsgebiete auch so ohne weiteres möglich sei, die Ebenbürtigkeit sich nun einfach nach den Ständen von Ritter und Bauer abgrenzen lasse, war doch sehr die Frage. Man stiess da auf Schwierigkeiten, die in der That nicht überwunden wurden.

Das schwäbische Landrecht führt uns gleich mitten in solche hinein. Die Dreitheilung der freien Leute nach ihrer persönlichen und dinglichen Unabhängigkeit oder Gebundenheit, wie sie der Ssp zur Grundlage nimmt, hätte auch zur Zeit des Schwabenspiegels noch ihre juristische Berechtigung gehabt, aber der gemeine Mann hätte kaum verstanden, warum nicht der Unterschied von Fürsten, Rittern und Bauern in den Vordergrund gestellt sei. Das thut denn auch der Schwsp Art. 2: „Dreierlei Freie zählen wir, erstens Semperfreie, das sind die Freiherrn, nämlich die Fürsten und solche, welche andre Freie zu Mannen haben; zweitens Mittelfreie, d. h. die Mannen der

hohen Freien; drittens die freien Landsassen, d. h. die freien Bauern." Man sieht, wie die drei unter sich homogenen Classen des Sachsenspiegels hier durch drei disparate ersetzt sind, in Folge einer Mischung von land- und lehnrechtlichen Gesichtspunkten; juristisch ist die Eintheilung des Schwsp im Grunde werthlos, aber sie giebt den unmittelbaren Eindruck des gemeinen Mannes von der gesellschaftlichen Gliederung des Volkes wieder. Im allgemeinen kann nicht leicht missverstanden werden, was für Personen unter den drei Classen unterzubringen sind. Die erste Classe sind die Fürsten und Herren, die nobiles, die dritte sind die nicht ritterbürtigen, bäuerlich lebenden Freien, die zweite können nur Ritterbürtige, und zwar ritterliche Lehnsleute des Adels sein. Zweifelhaft bleibt dabei nur, ob nach des Verfassers des Schwsp Meinung diese drei Classen auch wirkliche Stände im Rechtssinne und als solche gegen einander nach Ebenbürtigkeitsprincip abgeschlossen sind oder nicht. Mehrere Stellen des Rechtsbuchs machen hier auch durch die Schwankungen in der Terminologie Schwierigkeiten.

Vorerst der Ausdruck semperfrei, das im alamannischen Dialekt ausgesprochene sendbarfrei, führt auf die homines synodales der fridericianischen Reichsgesetze zurück. Am natürlichsten scheint es hierin die Uebersetzung von schöffenbarfreiem Mann zu finden. Aber der Ausdruck ist dann sofort diesem ursprünglichen Sinne entfremdet worden. In dem Stat. in fav. princ. von 1231[8] und dessen Satz ad centas nullus synodalis vocetur ist darunter wohl der Ritterbürtige zu verstehen, weil zumal in Süddeutschland der vollfreie (schöffenbare) Stand vorzugsweise in der Ritterschaft aufgegangen war, die sich Befreiung von den Centgerichten und den Gerichtsstand direct am landesherrlichen Hofe suchte. Auf dieselbe Bedeutung von Rittermässigkeit weisen die andern Stellen, welche ja nach dem Ausdrucke der einen von ihnen[9] nur von militares viri reden.

Somit operiert der Schwabenspiegel in Art. 2 mit dem Gegensatz von ritterbürtigen und bäuerlichen Freien. Die ersteren konnten selbst wieder in Herren- und Ritterstand gegliedert werden, und es war um so mehr Anlass dazu, als die Vorlage, die der Verfasser bearbeitete, der Sachsenspiegel, durch ihre Dreitheilung noch besonders dazu aufforderte. Das Nächstliegende wäre nun wohl gewesen, die

---

[8] Pertz II 282.

[9] Const. pacis 1235 c. 3, Pertz II 314. S. noch Pertz II 301. 316 c. 11. 317 c. 13. Im Landfrieden Rudolfs von 1281 (Pertz II 438) ist c. 14 nur Uebersetzung letzterer Stelle und giebt synodalis mit sentbare.

zweite Classe Semperfreie zu nennen und die Fürsten und Herren über sie zu stellen; statt dessen behält der Verfasser für diese den Namen Semperfreie bei und nennt die zweite Classe mit der nichtssagenden Bezeichnung Mittelfreie. Diese Mittelfreien sind aber auch wiederum nicht die Gemeinfreien im Sinne der Schöffenbaren des Ssp, sonst müssten sie im Heerschild mit den Dienstleuten zusammen stehen, sie haben aber im Schwsp 5 den fünften Heerschild zwischen dem vierten der freien Herrn und dem sechsten der Dienstleute, können also nur als eine lehnrechtlich geniederte Classe der freien Herren selbst gedacht werden[10]. Das erklärt sich wohl daraus, dass es in Süddeutschland gar keine ritterbürtigen Schöffenbaren (Gemeinfreie) mehr gab, sondern alles in die Dienstmannschaft übergegangen war; landrechtlich sind also diese Mittelfreien des Art. 2 nicht nur kein besonderer Stand, sondern nicht einmal eine gesellschaftlich besonders unterschiedene Classe, sie gehören vielmehr zum Adelsstand der Fürsten und Herren. Anders verhält es sich aber wohl mit den im Schwsp (W.) 57 und (L.) 70b genannten Mitterfreien. Dieser Artikel, dem Inhalte nach bei W. und L. übereinstimmend, spricht in sehr bestimmter Weise die Unebenbürtigkeit der Mitterfreien gegenüber den Semperfreien aus; da nun von landrechtlicher Unebenbürtigkeit zwischen Leuten des 4. und 5. Heerschildes (d. h. Semperfreien und Mittelfreien des Art. 2) keine Rede sein kann, so muss der Sprachgebrauch hier ein anderer sein. Semperfreie sind hier ihrer ursprünglichen Bedeutung gemäss (nicht sowohl Schöffenbare schlechthin, wie Ficker, Heerschild S 148 annimmt, als) die rittermässigen Freien, weil, wie Zallinger S 87 hervorhebt, der Vierahnenbeweis verlangt wird, der damals wohl in Süddeutschland Bedingung der Ritterbürtigkeit war; die Mittelfreien können dann nur bäuerliche Freie sein, und zwar ist es dann in diesem Zusammenhange gleichgiltig, ob man sich dieselben als vollfrei oder als Vogtleute denkt. Denn da für die Ritterbürtigkeit jedenfalls die Rittermässigkeit von Vater, Mutter und Grosseltern erfordert war, so konnte ein Kind aus einer Ehe Sendbarer und Mittelfreier keinesfalls sendbar (ritterbürtig) sein.

Wir berühren hier den entscheidenden Punkt, der die alte sächsische Geburtsstandsverfassung innerhalb des freien Standes unmöglich macht. Sobald der Vierahnenbeweis für die Ritterbürtigkeit verlangt wird, ist für Ehen zwischen Ritterbürtigen und vollfreien Bauern der

[10] Ficker, Vom Heerschilde S 145 ff. 152 ff. v. Zallinger, Ministeriales und Milites S 39. 43 ff. 51.

Grundsatz unausweichlich, dass die Kinder in Bezug auf Lehnsfähigkeit der ärgeren Hand folgen, also eine Bauerntochter, die einen Ritterbürtigen heiratet, ihm, auch wenn sie noch so frei ist, keine im Lehnrecht ebenbürtigen Kinder gebären kann.

Im Lehnrecht unebenbürtig: denn allerdings das Landrecht konnte davon unberührt bleiben. Eine nach Landrecht unebenbürtige Ehe brauchte es deshalb nicht zu sein; genug dass die Kinder nicht lehnsfähig wurden. Es bestand ja an sich kein Grund, die Kinder aus der Ehe eines Rittersmanns mit einer vollfreien Bauerntochter von dem Erbrechte in das Allod ihres Vaters auszuschliessen, das hing mit der Ritterbürtigkeit nicht zusammen. So wurde es auch beständig noch angesehen, es ist das ganze Mittelalter hindurch keine Rede davon, dass die Ehe zwischen Ritterbürtigen und vollfreien Bauern eine unebenbürtige wäre; der bekannte oft und viel dafür angerufene Reichsspruch Rudolfs von Habsburg von 1282 spricht es nicht aus[11], denn er handelt offenbar nur von Ehen zwischen freien Bauern und vogteipflichtigen höheren oder geringeren Grades[12], und ebensowenig beweist es Dsp 59b, Schwsp (W.) 55 und (L.) 67b, weil hier offenbar[13] von Ehen zwischen Freien und Unfreien die Rede ist.

Einen bestimmten Beleg zu Gunsten der Ebenbürtigkeit im Landrechte zwischen Adel und freien Bauern giebt das oft angerufene Weisthum der Bauern zu Grosskembs im Elsass von 1384[14]:

„Wir söllend auch aller fürsten genoss sin und mögent wiben und mannen, on eygen lüt, wo wir wöllent."

Man möchte sagen, es sei diesen Bauern unverwehrt gewesen, sich in so überschwänglichen Illusionen bezüglich ihrer Rechte zu ergehen, aber für die Richtigkeit des Satzes sei nichts bewiesen. Aller-

---

[11] Pertz II 439: Si rustici vel rustice qui liberi dicuntur cum hominibus advocatitiis vel aliarum superiorum aut inferiorum condicionum contraxerint, ... quod partus condicionem semper sequi debeat viliorem.

[12] Nicht: wenn freie Bauern in den Vogtleutestand oder in einen andern für sie höheren oder niederen Stand heiraten, sondern: wenn freie Bauern in den Vogtleutestand oder den Stand anderer, in höherem oder niederem Maass der Abhängigkeit Stehenden heiraten. Richtig Zöpfl, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III 92. Der Satz des Mainzer Landfr. 1235 c. 11: rustici vero et servilis conditionis homines in causis non superiorum sed suorum parium admittantur, bezieht sich dem Zusammenhang nach schwerlich auch auf die freien Bauern, sondern nur auf die vogteipflichtigen.

[13] Schröder, Z f. RG III 478.

[14] Grimm, Weisth. I 656 § 9. Burckhardt, Die Hofrödel von Dinghöfen baselischer Gotteshäuser und anderer am Oberrhein S 144 § 12. Vgl. auch die Notiz von Felix Hemmerlin, De nobilitate et rusticitate c. 14 (bei Walter, Deutsche Rechtsgesch. II § 464 Anm 5).

dings, gar viele Kembser Bauernmädchen werden wohl nicht auf Fürstenthrone gelangt sein, aber der Satz ist grundsätzlich kaum zu verwerfen. Diese Kembser Bauern waren vollfreie Leute in der Art der oben erwähnten schweizerischen Freiamtleute, ihre Güter waren wenig belastet, nur 5 Höfe zahlen z. B. den Fall, sie halten den alten Grundsatz fest, dass keine Standesgrenze gezogen ist zwischen Herren und vollfreien Bauern[15].

Aber das ist ja ganz richtig: die Anwendung dieses Satzes, seine praktische Bethätigung war bedeutend erschwert, weil die lehnrechtlichen Verhältnisse im Leben vorherrschten und maassgebend waren. Zwar wenn es für die Ritterbürtigkeit des Kindes nicht auf den Vierahnenbeweis ankam, sondern die Ritterbürtigkeit von Vater und Grossvater genügte, war es für des Kindes Lehnsstand gleichgiltig, ob seine Mutter eine Bauerntochter oder ein Edelfräulein war. Nicht aber, wenn der Vierahnenbeweis erfordert war. Dann wurde das Kind aus der Ehe eines Ritterbürtigen mit einer Bäuerin zwar nach Landrecht dem Vater ebenbürtig und beerbte ihn in seinem Allod, aber was half ihm das, wenn der Vater nur Lehn hatte und seine ganze sociale und ökonomische Stellung im Lehnrechte wurzelte! Da konnte es ihm nicht succedieren, es war nicht lehnsfähig, und seine landrechtliche Ebenbürtigkeit war ihm eitler Schein und leerer Wahn.

Dagegen der Ebenbürtigkeit der Ritterschaft (und zwar mit Einschluss der Ministerialität, seitdem diese frei geworden ist) mit dem (hohen) Adel stand auch nach dieser lehnrechtlichen Seite nichts im Wege: die Ritterbürtigkeit, das einzige Erfordernis für eine gleiche Ehe, war auch auf Seite des niedrigeren Theils vorhanden. Aber allerdings ist wahr, dass sich im späteren Mittelalter die Neigung des hohen Adels zu ständischer Abschliessung gegenüber der Ritterschaft entschieden regt. Die Berichte von Felix Hemmerlin und Peter von Andlau[16] zeigen das deutlich. Es erklärt sich daraus, dass die Ministerialität, die doch von Herkunft unfrei war, nun den Hauptbestand der Ritterschaft bildete, und sie von sich abzuhalten um so mehr Veranlassung war, da doch die Landesherren und Reichsstände sich in dieser Zeit als besondere Körperschaft zu fühlen begannen. Aber die eigentliche Ausbildung des hohen Adels als Stand des Privatrechts gehört doch erst der neueren Zeit an.

Wir fassen also das Resultat der mittelalterlichen Standesrechtsbildung dahin zusammen:

---

[15] Vgl. Zöpfl a. a. O. III 92 Anm 28, S 93 Anm 29a.

[16] Göhrum I 343 f. oder Walter a. a. O. II § 453 Anm 22.

1. Der Stand der vollfreien Leute (im Sinne der Schöffenbarfreien des Ssp, also der nicht unter Vogtei stehenden Personen) ist jetzt gegen die Vogtleute viel bestimmter abgesondert und definitiv in der Ebenbürtigkeit von ihnen getrennt. Darüber lässt jener Reichsspruch Rudolfs von 1282 keinen Zweifel. Ist nach dem Ssp das Kind aus der Ehe eines Schöffenbaren mit einer Pfleghaften dem alten Reim zu Liebe dem Vater noch ebenbürtig, so folgt es nach dem Rudolfinischen Weisthum der ärgern Hand, also hier der Mutter. Die Erklärung für diese schärfere Trennung ergiebt sich aus der Annäherung der Vogtleute an die Unfreien und der allmählichen Verschmelzung beider im Hofrechte und der Gleichstellung in den gutsherrlichen Lasten.

2. Die Abstufungen innerhalb des vollfreien Standes (Hochfreie, Ritter, freie Bauern) haben es auf dem Gebiete des Landrechtes zu keinen ständischen Gegensätzen gebracht. Die Ehen sind gleiche, die Kinder erhalten den Stand des Vaters. Aber dieses alte, landrechtlich fortdauernde Princip ist verdunkelt und in seiner Anwendbarkeit und praktischen Bedeutung in den Hintergrund gestellt durch das lehnrechtliche Princip, dass für die Lehnsfähigkeit und für die Succession im Lehen, somit für lehnrechtliche Ebenbürtigkeit des Kindes gegenüber dem Vater, Ritterbürtigkeit verlangt ist, und die Ritterbürtigkeit, wenigstens nach verbreiteter, obschon nicht unbestrittener Ansicht, unter der Voraussetzung der Abkunft von vier ritterbürtigen Ahnen steht.

So gehen im Ständerecht die beiden Kreise des Land- und des Lehnrechts ihre besonderen Wege: das Landrecht auf der Grundlage des alten Gegensatzes von freier und unfreier Geburt und, innerhalb der Freiheit, des Gegensatzes von Selbständigkeit und Vogtei; das Lehnrecht auf der Grundlage des neuen Gegensatzes von ritterlicher und nicht ritterlicher Geburt. Beide Ständerechte (Land- und Lehnrechts) beruhen auf dem Princip der Geburtsstände, deren Voraussetzung allerdings eine andere ist hier als dort, aber auf Berufsstände ist der juristische Gegensatz und die rechtliche Ständeordnung weder hier noch dort gestellt. Von Ritterstand, Bürgerstand und Bauernstand als der rechtlichen Gliederung der Stände und der Basis für das Ebenbürtigkeitsprincip ist weder für das Mittelalter noch für die neuere Zeit zu reden. Dass die Bauern ganz verschiedenen Ständen angehören je nach dem Grade ihrer Freiheit oder Unfreiheit, haben wir eben gesehen. Was die städtischen Bürger betrifft, so ist im 13. Jahrhundert noch von keinem Bürgerstande zu reden, die Stadtbewohner sind Dienstmannen, Censualen und Handwerker, und fügen

sich völlig in die schon existierenden Stände ein. Was wir Bürgerstand (tiers-état) nennen, das bildet sich erst seit dem 14. Jahrhundert: es ist die einen städtischen Beruf treibende Bevölkerung, und als städtischer Beruf gilt das zünftige Gewerbe und Handwerk, im Gegensatze zum kriegerischen Leben und zur Bauernwirthschaft. Aber für das Rechtsleben, das Stände r e c h t ist das gleichgiltig. Ständisch gehören die Bürger, seit die Städte die Unfreiheit ausgeschlossen haben, zu den Gemeinfreien, in der Regel den nicht ritterbürtigen Vollfreien, ausnahmsweise, sofern nämlich durch Privileg ihnen die Lehnsfähigkeit ertheilt ist, zu den Ritterbürtigen[17].

Was man oft als Standesrecht ansieht, das Recht auf Betrieb bürgerlicher Nahrung, ist nicht Standesrecht, sondern Ausfluss des Bürgerrechtes, also Corporationsrecht, das man darum auch nur für das Stadtgebiet hat, dem man als Bürger angehört[18]. Es muss, wenn anders die Darstellung des deutschen Ständerechts nicht von dem Rechtsgebiete abirren soll, des bestimmtesten festgehalten werden, dass nur Geburtsstände Stände im Rechtssinne geworden sind.

E. Die nichtfreien Leute.

§ 41. 1. Abstufungen.

Dass und warum wir hier nicht von hörigen Leuten reden, ist schon aus dem § 30 ersichtlich: Hörigkeit ist kein für juristische Verwerthung im Ständerecht brauchbarer technischer Begriff, sondern bezeichnet die Leute unter fremder Gewalt ohne Rücksicht auf ihren Stand.

Unterhalb der freien Leute finden wir eine Bevölkerung, welche keineswegs in e i n e n Stand zusammengeworfen ist; allerdings sind die Nuancen, welche ständische Unterscheidungen bewirken, je nach den Landesgebieten wie nach den Hofverhältnissen verschieden und auch die Benennungen abweichend. Unverkennbar aber heben sich

---

[17] Solches Privileg für Basel von Heinrich VII. 1227 bei Trouillat I Nr 340.

[18] So ist auch das bisweilen als Recht des Adelsstandes ausgegebene Recht auf Erwerb von Domherrnwürden oder dergleichen Stellen in geistlichen Kapiteln im Mittelalter kein Standesrecht, sondern Corporationsrecht, beruhend auf Statut des betreffenden Stiftes, also nicht landrechtliche Erhöhung der Rechtsfähigkeit, sondern Bedingung der Mitgliedschaft einer juristischen Person. Standesrecht wird es erst, wenn ein Landesgesetz bestimmt, dass nur Adliche solche Würden und Stellungen erlangen können, gleichwie etwa das Recht auf Errichtung von Familienfideicommissen durch ein solches Gesetz zu einem Standesrecht des Adels ist gemacht worden.

das ganze Mittelalter hindurch die zwei Hauptkategorien heraus, mit denen die Quellen der fränkischen Zeit so zu sagen ausschliesslich rechnen, die Liten und die Eigenleute als die beiden Typen der ständischen Gliederung unterhalb der Freien[1].

Die Liten, Laten, Lassen (langobardisch aldii, aldiones) treten schon seit ältester Zeit in ganz besonders grosser Zahl auf und figurieren in der Völkerwanderung als die Mannschaft der von den Römern in Sold genommenen germanischen Fürsten. Schon darum dürfte die oft angenommene völlige Identificierung von Liten und Freigelassenen kaum statthaft sein; mag immerhin ein ansehnlicher Bestandtheil der Liten schon in alter Zeit von Freilassungen herrühren, so fehlt doch für die Annahme so massenhafter Freilassungen, welche den Stand der Liten erst geschaffen hätten, jeder Anhaltspunkt, um so mehr als, in fränkischer Zeit wenigstens, entschieden Mangel an Unfreien ist, unter dem selbst neugegründete Klöster oft leiden, und daher nicht recht zu verstehen wäre, dass entgegen den Bedürfnissen der unfreie Stand freiwillig wäre vermindert worden. Der Grundstock der Liten wird eher in den durch Unterwerfung auf Grund friedlichen Abkommens abhängig gewordenen Ureinwohnern zu finden sein, wie es auch der Ssp III 44 § 3 in einer sonst mehr als sagenhaften Erzählung von der sächsischen Einwanderung in Norddeutschland annimmt. Diese ihre Herkunft erklärt auch ihre günstigere Lage gegenüber den Unfreien, welche, durch das Schwert unterworfen, dem schweren Loose der Kriegsgefangenen verfielen.

Das scheint aber andererseits richtig, dass liberti und liti rechtlich einander gleich standen. Wie sehr man im 5. Jahrhundert gewöhnt war, Freigelassene und Liten als gleichstehend zu betrachten, zeigt die Ueberschrift zu lex Sal. 26 de libertis demissis, wo doch genauer de litis demissis (nämlich de litis in ingenuos manumissis) gesagt wäre, und jedenfalls kein Zweifel darüber bestehen kann, dass libertus hier für litus gebraucht ist. Es liegen genug Beweise dafür vor, dass die Freilassungen von Unfreien in der Regel nur den Zweck hatten, zum Liten zu machen, wie es lex Rib. 62 heisst: si quis servum suum litum fecerit, oder pact. leg. Alam. II 48: si litus fuerit in ecclesia ut in heris generationis dimissus fuerit, und wie im langobardischen Edicte liberti und aldii immer zusammengestellt sind.

Diese Freilassung, welche den Unfreien zum litus erhob, war

---

[1] Daher z. B. wo sämmtliche Bewohner eines Hofes sollen angegeben werden, Freie, Liten und Eigene aufgeführt sind, NR. UB. I Nr 76. 97. 134: neque publicis exactionibus illorum servi, liti vel liberi a qualibet judiciaria potestate constringantur.

eine formlose, entsprechend der niedersten Art langobardischer Freilassung, welche den libertus nicht fulfree, sondern nur zum aldius machte: Ed. Roth. 224.

Nun gab es freilich noch eine weitere Freilassung, welche die volle Freiheit gewährte. Aus lex Sal. 26, lex Rib. 57 § 1, einigen Formeln und Urkunden[2] sehen wir, dass diese Freilassung, welche als specifisch salfränkischer Brauch angegeben wird, vor dem König vor sich gehen musste, und zwar in der bestimmten Form des Wegschlagens eines Pfennigs aus der Hand des Freizulassenden[3]. Von dieser manumissio per denarium hiess der Freigelassene homo denarialis. Die Glosse ana theatha zu den Worten ante regen in lex Sal. 26 zeigt, dass es sich ursprünglich dabei um Freilassung in der Volksgemeinde handelte und der König erst an deren Stelle getreten ist. Daraus ergiebt sich als rechtlicher Werth und Effect dieser Freilassung die Aufnahme in die Volksgemeinschaft, der Erwerb des vollen Rechtes eines freigeborenen Franken (ingenuum dimisi heisst es schlechtweg), nur mit der Beschränkung, dass die Seitenverwandten erst in der dritten Generation zur Beerbung eines solchen ingenuus manumissus gelangten[4].

Der fränkischen Freilassung per denarium entspricht bei den Langobarden das fulfree et a se extraneum id est hamund facere et per garathinx confirmare, Ed. Roth. 224. Thinx weist auf das Ding, die Volksversammlung, und das amund, noch besser das widerboran, vurdibora in Ed. Roth. 222 entspricht der makellos freien Geburt.

Aus lex Sal. 26 und aus Urkunden sehen wir, dass nicht nur Liten, sondern auch servi sofort per denarium zu vollfreien Franken konnten erhoben werden. Doch ist es wohl nur ein Lapsus von Sohm[5], dass die Freilassung per denarium ursprünglich die einzige Freilassungsform gewesen sei. Wie könnte sonst Tacitus sagen: liberti

---

[2] Rozière 55—61 (Marc. I 22 u. s. w.). UB. St. Gallen Nr 519. 748.

[3] „Als Zeichen des verschmähten Lösegelds", sagt Grimm, RA S 179. Besser wohl: Haftgeldes, s. oben S 83 Anm 13. Wer schlug den Pfennig aus des Freizulassenden Hand? Der König oder der freilassende Herr? Sohm, Z der Sav.-Stiftung, germ. Abth. I 35, nimmt beides als möglich an. Die Quellen lassen es zweifelhaft, doch würde ich annehmen, dass der Herr den Schlag thun musste, und dass es vom König nur gesagt ist, wo sein eigener Lite von ihm selbst freigelassen wird. Der Herr manumittiert, wie der Vater den Sohn wehrhaft macht; aber wie hier die Volksversammlung den Sohn suffecturum probat, so muss dort der König seine Bestätigung ertheilen.

[4] Lex Rib. 57, 4. Cap. legi Ribuar. add. 803 c. 9 (Boretius I 118).

[5] Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung S 47.

non multum supra servos sunt? wie würde sich erklären, dass schon in ältester Zeit die Hauptmasse der Freigelassenen in so sehr untergeordneter Stellung auftritt? Die Freilassung per denarium war vielmehr eine Gunst, die wohl nur ausnahmsweise als besondere Belohnung gewährt wurde.

Das muss auch daraus gefolgert werden, dass die nach der Eroberung Galliens von den Römern entlehnten Freilassungsformen doch nicht eine günstigere Stellung der auf diesem Wege Freigelassenen herstellten, als sie die Liten und die zu Litenrecht Manumittierten bisher schon genossen hatten. Zwar wird bei allen diesen nach römischen Mustern, sowohl den durch einfachen Freibrief, epistola[6], als durch Uebergabe in die Munt einer bischöflichen Kirche vermittelst tabula (homines tabularii)[7] Freigelassenen, des bestimmtesten ihre Gleichstellung mit den ingenui ausgesprochen, aber diese römischen Formen haben die nach deutschem Rechte eintretenden Wirkungen der Freilassung zu beschränktem Rechte nicht aufzuheben vermocht[8]. In der That, obschon diese Manumissionsformeln weit entfernt sind, das nunmehr für die liberti begründete Rechtsverhältnis als Litenrecht zu bezeichnen, im Gegentheil nicht genugsam aussprechen können, dass der Freigelassene so frei sein solle tamquam si a parentibus ingenuis fuisset procreatus, und dass er eine vita ingenua führen möge ita liber quasi de ingenuis et nobilissimis Alamannis sit genitus[9], so ist doch von wirklicher Ingenuität keine Rede, und bei den tabularii ist das Verhältnis wenigstens in einer bestimmten Richtung noch ungünstiger als bei den Liten, nämlich in der, dass der Kirche von vorneherein das Recht zugestanden ist, dass die tabularii nicht sollen per denarium freigelassen werden können, und sie und ihre Nachkommenschaft tabularii persistant[10]. Auch sonst ist ihre Abhängigkeit eine so strenge, wie sie damals über freie Zinsleute noch nicht bestand, namentlich durch den Satz, dass bei Wechselheiraten zwischen Freien und tabularii die Kinder der ärgeren Hand folgen[11], gleichwie bei Ehen zwischen Freien und Unfreien.

---

[6] Lex Rib. 61. Von diesen unterscheidet man noch die homines cartularii, als die durch Urkunde, bei welcher die römische Form nicht beobachtet wurde, Manumittierten. Vgl. Roth, Feudalität S 293. Die Unterscheidung ist mir zweifelhaft und aus den Formeln nicht sicher zu erkennen. Man könnte einen Unterschied darin sehen, dass es bei den cartularii heisst: pergat partem quam voluerit, aber das findet sich doch auch bei tabularii, z. B. Rozière 65 = Zeumer, Turon. 12.

[7] Lex Rib. 58.

[8] Worauf Roth, Feudalität S 291 ff., auch hinweist.

[9] Rozière 94. [10] Lex Rib. 58, 1. [11] Lex Rib. 58, 11.

Die Rechtsbücher sprechen blos von der Freilassung zu dem Rechte eines freien Landsassen[12], die manumissio per denarium ist verschwunden, Landsassenrecht ist das Höchste, was man durch Freilassung erlangen kann. Sehr begreiflich, seit der Grundbesitz für die höhere (schöffenbare) Freiheit so maassgebend war: man hätte dem Freizulassenden auch gleich ein „Handgemal" mitgeben müssen, wenn man ihn in den schöffenbaren Stand hätte erheben wollen. Andererseits fehlt aber auch jetzt aller Anlass für Erhebung der Unfreien zu Liten; diese alte regelmässige Freilassungsform hatte einen Sinn gehabt, so lange die Unfreien ganz ausserhalb des Rechtes gestellt gewesen waren; jetzt, da sie vermittelst des Hofrechtes eine leidliche Lage gewonnen und in demselben von vorneherein Berührung mit den Liten erlangt hatten, wäre eine besondere Freilassung zu Litenrecht fast zwecklos gewesen. Im sächsischen Landrechte scheinen die Laten und die unfreien Bauern ohnedies kaum mehr unterschieden. Der Ssp III 45 in seiner Classification der Stände nach Wergeld und Busse zählt hinter den Landsassen die Laten auf und schliesst an diese sofort die Tagelöhner (Dagewarden) an, ohne unfreier Bauern zu gedenken. Man kann kaum sagen, dass, weil der Sachsenspiegel überhaupt nur von dem, was ins Landrecht gehöre, nicht von der Unfreiheit handle, die Tagelöhner hier als freie Dienstboten zu denken seien, wie die latelude als freie Bauern untersten Grades. Für letzteres darf auch nicht geltend gemacht werden, dass die Busse der Laten (nicht ihr Wergeld) höher ist als die der Landsassen, denn das kann daher kommen, dass diese Latenbusse, wie schon die ungerade Summe (20 s. 6 d. 1 Heller) schliessen lässt, eine uralte ist, eine alte Taxe dem neuen System eingefügt, die Busse für die Landsassen dagegen, erst später fixiert, einfach die halbe Busse der Schöffenbaren. Und dann, dass die Dagewerchten als unfreie Leute zu denken sind, ergiebt sich aus ihrem Wergeld, welches so wenig wie ihre Busse ernsthaft gemeint, sondern ihnen nur zu Spott und Hohn aufgestellt ist. So werden wir in den Laten des Ssp III 45 § 7 die unfreien Bauern inbegriffen finden, wenn nicht geradezu mit Stobbe[13] sie als die unfreien Bauern betrachten dürfen.

Die eben erwähnte Abstufung der Unfreien in Bauern und Tagelöhner ist für das Recht keineswegs gleichgiltig gewesen. Es ist von vorneherein undenkbar, dass alles, was unfrei war, einer und derselben rechtlichen Behandlung unterlag. Grössere Tüchtigkeit und

[12] Ssp I 16 § 1, III 80 § 2. Schwsp (L.) 156.
[13] Stände des Sachsenspiegels, Z f. DR XV 361.

höhere Leistungsfähigkeit übten erheblichen Einfluss, erprobte Landwirthe und geschickte Handwerker waren dem Herrn unentbehrlich und wurden mehr bevorzugt als geringe Hausdiener. Das wirkte auch auf die Rechtsstellung ein. Allerdings kann das Recht nicht nach persönlichen Fähigkeiten classificieren; es muss, wenn es überhaupt diesen Unterscheidungen gerecht werden will, schlechtweg nach der Art der Thätigkeit und der Verwendung der Menschen im täglichen Leben Abstufungen machen, von der Voraussetzung ausgehend, dass zu anständigerem Berufe auch die tüchtigeren, zu der niedrigen Arbeit blos die geringeren Leute gelangen. Und da ist eben auch im Rechte entschieden wirksam die Hauptunterscheidung in Bauern und Hausbedienstete, zu welch letzteren die Handwerker ursprünglich auch gezählt wurden, bis zuerst das Kunsthandwerk sich ausschied und dann in den Städten alles Handwerk frei wurde. Die alten Quellen nennen diese Hausdiener Dagschalken, dagescalci, Dagewarden, Tagwerchten, d. h. cottidiani servitores; qui quotidie serviunt[14]. Es stehen diese Leute nicht nur social auf unterster Stufe, sondern unterliegen auch im Rechte ungünstigerer Behandlung, sind (wie die Weisthümer von St. Maximin zeigen) strengerer Behandlung in Verkehr und Gericht unterworfen, namentlich auch bezüglich des Strafrechtes. Die Bauern, die villani, erscheinen nicht unter einem allgemein üblichen Namen, die Bezeichnung, die von ihrer bäuerlichen Beschäftigung hergenommen ist, coloni, ist ihnen gleich der von der Zinspflicht herrührenden, censuales, mit den freien Zinsleuten gemeinsam, über den Stand wird erst durch Unterscheidung von servi censuales und liberi censuales Auskunft gegeben und auch das nicht mit voller Sicherheit, weil vielfach auch vogtei- und zinspflichtige Freie später als servi bezeichnet werden. Local besteht die grösste Verschiedenheit der Bedeutungen und dieselben Ausdrücke sind in dem einen Hofe anders verwendet als in dem andern[15].

§ 42. 2. Rechtlicher Unterschied.

Wie verhalten sich nun diese verschiedenen Classen der nicht frei Geborenen ständisch und bezüglich der Ebenbürtigkeit zu den Freien und wie unter sich selbst?

Gegenüber den Freigeborenen ist der ständische Gegensatz be-

---

[14] Z. B. Stat. S. Petri Wormat. 16. Weisth. von St. Maximin, MR. UB. I Nr 345. 346. Ssp III 44. 45 § 8. MR. UB. II Nr 38: cottidiani servitores. Erhard, Reg. Westf. I, UB. Nr 164: qui cotidie ad curtes serviunt.

[15] Reiches Material bei Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte V 194 ff.

stimmt durchgeführt, schon für die Liten, um so mehr für die servi. Die Volksrechte sprechen hauptsächlich mit Bezug auf die Ehen hievon. Von gleicher Ehe zwischen Freien und Liten ist keine Rede, das salische Recht ist noch sehr streng und bedroht den Liten, der eine freigeborene Frau entführt, mit dem Tode, die freigeborene Frau dagegen, welche freiwillig dem Liten folgt, mit Verlust der Freiheit[1]. Vollends die ungeheure Kluft, die zwischen Freien und Unfreien ursprünglich bestand, wird kaum deutlicher illustriert als durch die Thatsache, dass freigeborene Frauenspersonen, die sich mit Unfreien verbinden, sammt diesen der Todesstrafe unterliegen[2]. Man wird an das taciteische „corpore infames coeno ac palude mergunt" erinnert: es war wie eine Blutschande. Die lex Sal. 13, 8 und lex Rib. 58, 18 lassen die freigeborene Frau in diesem Falle unfrei werden, eine Abschwächung, welche schon durch lex Burg. 35, 3 in den Willen der Verwandten der Frau gelegt ist[3]. Aus naheliegenden Gründen galt das nicht, d. h. trat Verlust der Freiheit nicht ein für einen freigeborenen Mann bei einer Verbindung mit einer Unfreien[4], aber eine wirkliche Ehe war doch auch da nicht vorhanden, sondern blosser Concubinat, so dass schon darum die Kinder aus solcher Verbindung gleich der Mutter unfrei wurden[5], ein Satz, dem sich die Könige, weil über dem Gesetze stehend, durch Anerkennung der Kinder ihrer Lieblingsconcubinen als der ihrigen entzogen. Die Kirche hat schon früh auf Respectierung dieser Verbindungen als wirklicher Ehen gedrungen, sofern der consensus nuptialis feststand[6], und im späteren Mittelalter ist das überhaupt als Rechtsprincip anerkannt, die Ehe besteht zu Recht, aber der unfreie Mann zieht die freie Frau nach sich in die Unfreiheit, wobei sich allerdings die schon im langobardischen Edicte auftretende Ansicht auch in Deutschland (hier zuerst bei den höheren Classen der Unfreiheit, der Ministerialität)[7] geltend macht, dass die Frau nach des Mannes Tode ihre Freiheit wieder gewinnt. Der freie Mann wird

---

[1] Lex Sal. 13, 7 und 8.

[2] Ed. Roth. 193. 221. Lex Burg. 35, 2. Transl. S. Alexandri bei Pertz, Script. II 673.

[3] Weitere Abschwächung bei den Franken im Falle besonderer Abmachung durch sog. epistolae conculcatoriae, Rozière 101 ff.

[4] Wenigstens wenn es seine eigene Unfreie war, denn Verlust der Freiheit steht nach lex Sal. 13, 9, Rib. 58, 15 auch für den freien Mann auf Heirat mit einer fremden ancilla.

[5] Lex Rib. 58, 14. Ed. Roth. 219. Göhrum I 127.

[6] Causa 29 qu. 2 c. 2. 3.

[7] Schröder und Lörsch, Urk., 2. Aufl., Nr 89 = MR. UB. I Nr 389. Später allgemein: s. Schröder, Z f. RG III 472 f.

zwar durch die Ehe mit einer Unfreien an sich nicht selber unfrei, wohl aber wenn er durch die Heirat zu der Frau zieht und unter ihre Grundherrschaft tritt, und dann gemäss dem Satze, dass die Luft eigen macht, sich der Eigengehörigkeit des Hofrechts unterwirft. In allen diesen Fällen aber verfallen die Kinder der Unfreiheit, hier wegen der Unfreiheit der Mutter, dort wegen der Unfreiheit des Vaters, der die Mutter nach sich gezogen hat. Das findet in dem alten Rechtssatze seinen Ausdruck, das Kind folge der ärgeren Hand[8]. Richtiger aber ist es, den Satz zu formulieren, wie ihn Ssp I 16 § 2 ausspricht: das Kind habe den Stand, in welchem es geboren ist, was Schröder a. a. O. wohl mit Recht auch auf die Kinder von unfreien Männern und freien Frauen bezieht. Ein nach dem Tode des unfreien Vaters von einer freien Mutter geborenes Kind ist daher frei, sofern nicht hofrechtliche Verhältnisse das Gegentheil aufnöthigen, während bei dem Rechtssprichworte: „das Kind folgt der ärgeren Hand", Unfreiheit für das Kind eintreten müsste.

Besser als diese Umwandlung in den Anschauungen über die Ehe vermag nichts den grossen Fortschritt, den die rechtliche und sociale Lage der Unfreien im Laufe weniger Jahrhunderte gemacht hat, uns nach Gebühr würdigen zu lassen; zumal der Rücktritt der freien Ehegattin nach Tod des unfreien Mannes in die Freiheit ist eine erhebliche Concession an den unfreien Stand, schon darum, weil das geeignet war, solche Ehen zu begünstigen, wenigstens den Entschluss dazu zu erleichtern. Jedenfalls liegt darin eine viel stärkere Anerkennung der Rechtspersönlichkeit der Unfreien als in Stellen zweifelhafter praktischer Bedeutung, wie Schwsp (L.) 73 oder Glosse zu Ssp II 32, welche dem Herrn seinen Knecht zu tödten verbieten und ihm für Todtschlag des eigenen Knechtes sein Leben absprechen.

Nun aber das Verhältnis der Liten und Freigelassenen zu den servi ist in mancher Hinsicht schwer zu ermitteln, im allgemeinen ist der berühmte Ausspruch des Tacitus (Germ. 25): liberti non multum supra servos sunt, unbedenklich auf die Liten anzuwenden, weil die Freilassungen der alten Zeit in der Regel zu Litenrecht erfolgten. Das langobardische Edict stellt freilich für servi und aldiones eine ziemlich scharfe ständische Grenze auf, so im Wergeld Ed. Roth. 129 ff., für Sachsen und Friesland dagegen ist grössere Annäherung anzunehmen[9]. Gemäss dem Ausspruche des Cap. 801—814 c. 1[10]:

---

[8] Stat. S. Petri Wormat. 16. Schröder, Z f. RG III 473.
[9] Vgl. v. Richthofen, Zur lex Saxonum S 275, bes. Anm 3.
[10] Boretius I 145.

non est amplius nisi liber et servus, sollte der Lite in allen denjenigen Beziehungen, für die das Recht keine besondere Entscheidung gab, dem Unfreien gleich behandelt werden. Man kann also sagen: so weit Specialbestimmungen für die Liten im Gesetze fehlen, folgen sie dem Stande der Unfreien. Namentlich sind sie in Anwendung von Todes- und Leibesstrafen den Unfreien gleich behandelt[11]. Die Specialbestimmungen zeigen sich darin, dass die Liten höheres Wergeld haben, ein Theil davon ihren Verwandten zufällt, während das der Unfreien ganz von dem Herrn bezogen wird[12], und dass die Ehen von Liten und Unfreien ungleiche waren und die Kinder daraus der ärgeren Hand folgten[13].

Diesen Gegensatz zwischen Liten und Unfreien hat auch das Hofrecht nicht bemeistert. Wir sehen auch hieran, dass das Hofrecht kein Standesrecht ist; denn so sehr es kraft einer natürlichen ihm inwohnenden Tendenz auf Einheitlichkeit der inneren Organisation und auf Annäherung der verschiedenen ständischen Elemente innerhalb einer Grundherrschaft ausgeht, so ist doch der Unterschied der Stände nie ganz verschwunden und halten die Weisthümer das ganze Mittelalter hindurch innerhalb einer Hofgenosssame die verschiedenen Stände aufrecht. Nur auf indirectem Wege vermochte das Hofrecht zu einer allmählichen Verschmelzung der verschiedenen ständischen Elemente einer Grundherrschaft zu gelangen, nämlich dadurch, dass der ursprünglich persönliche Charakter des Ständerechtes auf das dingliche Gebiet verpflanzt wurde: die früher nach der Person des freien oder halb oder ganz unfreien Bauern bemessenen Abgaben wurden auf das von ihm bebaute Gut gelegt, die Hufen wurden nun hobae oder mansi ingenuiles, litiles, serviles, und je nachdem man auf einer solchen Hufe sass, zahlte man Abgaben, welche mit Freiheit verträglich oder Zeichen der Unfreiheit waren[14]. Mag anfangs ein freier Censual nicht auf einen mansus servilis gesetzt worden sein und umgekehrt, so wurde das doch in der Folge nicht mehr festgehalten, und seitdem nun freie Censualen auf servilen Mansen und Unfreie auf freien sitzen konnten, traten die Standesunterschiede zurück, weil man nicht mehr nach der Geburt, sondern nach den vom Gute entrichteten Diensten und Abgaben fragte[15], und hiefür eben keine persönlichen Eigenschaften (auf welchen doch

[11] Lex Sal. 35, 5; Fris. 20, 3.

[12] Lex Fris. I 4. 7. 10. 11, XV 3. 4.

[13] Ed. Roth. 217. 219. Lex Rib. 58, 9 u. 10; Alam. 18, 1 u. s. f.

[14] Vgl. Reg. Prum. (MR. UB. I Nr 144 Anm 1): mansi lidiles qui nobis multa jura solvunt, sed tamen ita continue non serviunt sicuti mansi serviles.

[15] Vgl. v. Maurer, Geschichte der Fronhöfe I 371 f.

einzig ein wahres Ständerecht beruht), sondern blos dingliche Lasten in Betracht fielen. Der persönliche Werth der hofhörigen Bauern galt gleich, und der Unterschied in ihrer rechtlichen Stellung wurde nur nach dinglichen Momenten aufgefasst. So hatte es keinen Zweck mehr, die Liten und die servi nach ihrer Geburt fernerhin getrennt zu halten, wie sich sogar die Grenze von freien und unfreien Hörigen dadurch leicht verwischte.

V. Einfluss der bürgerlichen Ehre auf die Rechtsfähigkeit.

§ 43. A. Rechtlosigkeit[1].

Wir haben im Ständerecht den Grundsatz durchgeführt gefunden, dass sich die Ausübung der angeborenen, höchst persönlichen Rechte nach der Zugehörigkeit zu einem Stand bemisst. Die altdeutsche Rechtssprache begnügte sich mit dem Worte Recht, um die Stellung auszudrücken, die man vermöge seines Standes in Ausübung jener persönlichen Rechte gegenüber den andern Menschen einnimmt[2].

„Das Kind behält des Vaters Recht“ Ssp I 16 § 2, III 73 § 1; „die Frau tritt in des Mannes Recht, nach seinem Tode ist sie ledig von seinem Rechte und behält Recht nach ihrer Geburt“ Ssp I 45 § 1, III 45 § 3; „nach freien Mannes Rechte“ Ssp III 54 § 1, III 56 § 1; „Recht, das einem angeboren ist“ Ssp I 16 § 1, vgl. III 19; solche und viele andere Stellen[3] lassen über die Verwendung des Wortes Recht im angegebenen Sinne keinen Zweifel; des Vaters, des Ehemanns Recht, das die Kinder, die Ehefrau gewinnen sollen, bedeutet die durch die Geburt in dem Stande des Vaters, durch die Heirat bedingte Rechtsstellung in der bürgerlichen Gesellschaft.

---

[1] Budde, Ueber Rechtlosigkeit, Ehrlosigkeit und Echtlosigkeit. Bonn 1842.

[2] Wir sagen also nicht, die deutsche Rechtssprache brauche das Wort Recht für Stand, sondern nur, sie bezeichne damit die Befugnis zu der durch den Stand bedingten Ausübung der persönlichen Rechte. Daraus folgt, dass Verlust dieser Rechte nicht Verlust des Standes, Rechtlosigkeit nicht Standeslosigkeit bedeutet, wie schon hier gegen Budde S 6 f. zu erinnern und im Texte sodann zu begründen ist.

[3] Eine reichhaltige Zusammenstellung bei Budde, bes. S 143 ff. Wir heben noch hervor: einen an seinem Rechte beschelten Ssp I 36 § 1, I 61 § 4, III 65 § 1; sein Recht verlieren Ssp II 36 § 1 und öfter; sein Recht verwirken Ssp I 51 § 3; vollkommen an seinem Rechte Ssp II 26 § 2; unbescholten an seinem Rechte Ssp I 51 § 3; sein Recht behalten Landfr. K. Rud. von 1281 (Pertz II 432). Die entsprechenden lateinischen Ausdrücke sind später im Text zu berücksichtigen.

Aber die Geburt und das auf ihr basierte Ebenbürtigkeitsprincip ist nur der Regulator für das Functionieren dieser Rechte innerhalb eines Standes und von Stand zu Stand unter der Voraussetzung, dass sie überhaupt vorhanden sind und können geltend gemacht werden. Denn jene Rechte, zwar unübertragbar und anders als durch die Geburt nicht zu erwerben, werden doch möglicherweise durch die Geburt nicht erworben oder später verloren. Das ist der Fall bei denjenigen Menschen, welchen wegen eines auf ihrer Ehre haftenden Makels die persönliche Achtung und die Anerkennung der auf dieser Achtung begründeten persönlichen Rechte von den andern Menschen versagt wird. Die bürgerliche Ehre spielt hier eine ebenso charakteristische als naive Rolle.

Ehre ist die Anerkennung des persönlichen Werthes eines Menschen seitens der andern. Das äussert sich zunächst nicht auf dem Rechtsgebiete, sondern im gesellschaftlichen Verkehre; Ehre ist darum auch nicht von Haus aus Rechtsbegriff, sondern Begriff der socialen Sitte. Eben daher schwankt er so bedeutend nach allen möglichen Winden und Luftströmungen, die in den gesellschaftlichen Zuständen herrschen: verschiedene Culturepochen bemessen die Ehre nach ganz verschiedenen Eigenschaften und Handlungen, und einzelne bis zu hohem Grade in sich abgeschlossene gesellschaftliche Kreise bilden für sich einen besonderen Ehrbegriff aus. Immer zunächst in der socialen Sitte bildet sich eine öffentliche Meinung (die Römer sagen existimatio) über die Ehrenhaftigkeit gewisser Zustände, Eigenschaften, Thätigkeiten u. dgl., deren Trägern man die Achtung ganz oder theilweise versagt, und wenn die Sitte und die ihr entsprungene Meinung so mächtig ist, dass sie das Recht zwingt sich ihr anzubequemen und auch Rechtsfolgen an das Vorhandensein oder den Mangel der Ehre zu knüpfen, so ist die Ehre zum Rechtsinstitut der bürgerlichen Ehre geworden.

An welcher Stelle ist nun aber das Rechtsgebiet diesem Einflusse der Sitte zugänglich? Nur da, wo das Recht dem persönlichen Werthe eines Menschen unmittelbare Rechtswirkung beimisst; das heisst: wie die sociale Unehre den davon Betroffenen desjenigen gesellschaftlichen Verkehres beraubt, bei welchem die Persönlichkeit in Betracht kommt, ja welcher gerade im persönlichen Umgang seinen Zweck findet, so schliesst die bürgerliche Unehre den mit ihr Behafteten von allem demjenigen Rechtsverkehre aus, welcher auf rein persönliche Beziehung der Menschen zu einander basiert ist. Hier wie dort handelt es sich um Beziehungen, für welche die Persönlichkeit maassgebend ist; ich kann mich entschliessen, eine Waare in dem Kaufladen eines

Mannes zu kaufen, mit welchem ich nicht an denselben Tisch sitzen würde. Lässt so schon die Sitte den rein sachlichen Rechtsverkehr von dem Einfluss der Ehre nicht oder doch nur in geringem Grade berührt werden, so thut es das Recht selber noch weniger.

Für das deutsche Recht brauchen wir nun aber nicht lange nach denjenigen Rechten zu suchen, welche als Ausfluss der Persönlichkeit und des persönlichen Werthes des Menschen erscheinen. Es sind eben jene angeborenen Rechte, die geradezu als „das Recht" des Mannes bezeichnet sind und deren Ausübung sich innerhalb des Ständerechts nach dem Ebenbürtigkeitsprincip bestimmt. Die Unehre und Missachtung äussert sich also auf dem Rechtsgebiete, d. h. als bürgerliche Unehre, darin, dass man dieses „Rechts", der Ausübung der angeborenen Rechte verlustig geworden, dass man, wie die Quellen es technisch ausdrücken, rechtlos ist.

Man darf diese Rechtlosigkeit nicht als Standeslosigkeit verstehen; eine Standeslosigkeit giebt es eigentlich gar nicht, weil jeder Mensch zu und in einem bestimmten Stande geboren und darnach frei oder unfrei, Schöffenbarer oder Landsasse u. s. w. ist, überhaupt eine Existenz ausserhalb aller ständischen Ordnung nicht denkbar ist. Daher hat auch die Rechtlosigkeit mit der Ebenbürtigkeit nichts zu schaffen; diese bestimmt sich einzig nach der Geburt, jene nach persönlichen Eigenschaften. Somit ist der Rechtlose immerhin zu einem bestimmten Stande geboren und schliesst mit Angehörigen seines Standes eine gleiche, mit Ungenossen eine ungleiche Ehe. Und andererseits ist ihm die Ausübung jener Rechte überhaupt versagt, nicht blos gegenüber Gleichgeborenen, sondern auch gegenüber niedriger Geborenen[4].

Ein Zusammenhang mit dem Ständerechte und mittelbar mit der Ebenbürtigkeit besteht allerdings: jene Rechte, die dem Rechtlosen versagt sind, kommen nur in den ständischen Kreisen und gemäss deren Scheidung zur Geltung. Natürlich: denn der gesellschaftliche Organismus des Volks drückt sich auf dem Rechtsgebiet in den Ständen aus, die socialen Kreise werden zu Ständen, sobald sie im Rechte wirksam werden, die Ehre, indem sie bürgerliche Ehre wird, wird also Standesehre, und sehr ausgesprochen beruhen die Stände auf dem Princip der höheren oder niedrigeren Ehre; wer einem niedrigeren Stande angehört, geniesst geringerer Ehre und Achtung, kann darum

---

[4] Für letzteres: Ssp III 70 § 1: wo nicht unter Königs Bann gedingt wird, mag jeder, der nicht rechtlos ist, Urtheil finden und Zeuge sein. Sächs. Lehnr. 61 § 1 (wo echtelos wohl für rechtlos). Budde S 16. 19. 29.

jene persönlichen Rechte, welche Ausfluss des persönlichen Werthes, also recht eigentlich Ehrenrechte sind, nicht gegen den ausüben, der höheren Standes ist und ihm darum die Achtung der Geburt versagen kann. Aber soweit seine Standesehre etwas gilt und Curs hat, besteht auch sein Recht[5]. Der Rechtlose dagegen hat überhaupt keine Ehre.

Als rechtlos nennt der Ssp I 38 § 1 und übereinstimmend III 45 § 9, also offenbar mit der Absicht erschöpfender Aufzählung, drei Kategorien von Leuten:

1. die unehelich Geborenen,
2. die Leute unehrlichen Gewerbes, Spielleute, Kämpfer, und letzterer Kinder,
3. die vor Gericht Diebstahls oder Raubs überführten Verbrecher.

1. Bei den Unehelichen ist es ein Makel der Geburt, der auf ihnen haftet und sie die Standesrechte nicht ausüben lässt.

2. Bei der zweiten Classe ist es ein Makel, der dem Berufe anhaftet; es handelt sich um Leute, die ein verächtliches Gewerbe treiben: Spielleute, d. h. die Seiltänzer, Jongleurs, fahrenden Schauspieler u. s. f. Sieht und hört sie das Volk auch gern, so verachtet es sie doch im Grunde seines Herzens, sie dienen zu seiner Belustigung, aber man lacht über sie, sie gewinnen niemandem Achtung ab. Ferner gehören hieher die Kämpfer und ihre Kinder, die fahrenden Fechter also, welche der Schaulust der Menge Kampfspiele vorführten, und auch ein Gewerbe daraus machten, sich als Vertreter im Zweikampfe dingen zu lassen[6].

Endlich 3. „die, welche Diebstahl und Raub sühnen und wiedergeben und dessen vor Gericht überführt werden, oder die ihren Leib oder Haut und Haar ledigen". Von den mancherlei verschiedenen Erklärungen scheint diejenige die annehmbarste, dass es sich um Leute handelt, welche wegen eines schimpflichen Verbrechens — und als solches wird hauptsächlich hervorgehoben Diebstahl und Raub — verurtheilt sind, sollten sie auch die Strafe durch Vergleich mit dem

---

[5] Man möchte sagen: er sei relativ rechtlos, nämlich nach oben, gegen die höheren Stände. Wenn nur die Quellen den Ausdruck rechtlos je in diesem Sinn brauchen würden, was nicht der Fall ist.

[6] Es gab noch Kampfesvertreter, die kein Gewerbe daraus machten, sondern im einzelnen Falle sich etwa aus Interesse für den Betheiligten dazu erboten. Diese sind zwar auch „Kämpfer" genannt, aber deshalb nicht rechtlos. Insofern ist der Ausdruck Kempen in Ssp I 38 § 1 zu weit, aber dadurch erklärlich, dass eben regelmässig gewerbsmässige Kämpfer zur Kampfvertretung genommen wurden. Budde S 54.

Verletzten abgekauft haben. Ssp I 65 § 2. Budde S 57 wendet hiegegen ein, dann wäre der eigentliche Grund der Rechtlosigkeit, das Verbrechen, eliminiert, und etwas Zufälliges, die Abfindung für die Strafe, zum einzigen Grunde erhoben, so dass die nicht ansprechende Consequenz entstünde, dass der vor dem Prozesse sich Abfindende trotz Notorietät seines Verbrechens nicht rechtlos würde. Dagegen ist zu bemerken, dass die Rechtlosigkeit nach der Absicht der Rechtsbücher nicht unmittelbar Folge des Verbrechens ist, sondern sich erst an die gerichtliche Verurtheilung knüpft. Durch die Verhandlung im offenen echten Ding ist das Verbrechen vor der ganzen Gerichtsgemeinde offenkundig geworden, der Verbrecher dadurch öffentlich an seiner Ehre gebrandmarkt, der Achtung der Genossen verlustig. Ist die Sache nicht vor Gericht gekommen, so bleibt sie doch mehr oder weniger der Oeffentlichkeit entzogen, die Genossenschaft wird nicht so davon afficiert wie bei Gerichtsnotorietät; bei dieser kann man das Verbrechen nicht mehr ignorieren, bei Privatabmachung ist trotz Geständnis des Verbrechers doch keine Notorietät vorhanden. Letztere ist aber entscheidend für die bürgerliche Ehre.

Rechtlosigkeit ist Ausschluss von den persönlichen Rechten, also: von den gerichtlichen Functionen, und zwar

Urtheil finden, Ssp II 12 § 3, III 65 § 1, 70 § 1.
Urtheil schelten, Ssp II 12 § 3.
Zeuge sein, Ssp III 70 § 1. Schwsp (W.) 54 (S 52 Z. 38).
Fürsprech sein, Ssp I 61 § 4.
Richter sein, Schwsp (W.) 75 pr.;

von der Vormundschaft (activ und passiv):

Ssp I 48 § 1, III 16 § 2. RB. nach Dist. I 49 d. 4;

vom Erbrecht:

per arg. a contr. aus Ssp I 51 § 1.

Ausserdem kommt hier noch dazu Lehnsunfähigkeit der Rechtlosen:

sächs. Lehnr. 2 § 1.

Für die dritte Classe der Rechtlosen, die durch Verbrechen es geworden sind, stellt Ssp I 39, II 26 § 2 noch eine weitere Folge auf: Verlust der wichtigsten Vertheidigungsmittel bei Anklage wegen eines neuen Verbrechens; ich komme darauf im folgenden Paragraphen zurück, denn es ist dies meines Erachtens nicht Folge der Rechtlosigkeit.

Endlich liegt es durchaus im Sinne dieses Rechtsinstitutes, dass den Rechtlosen kein Wergeld zukommt. Denn sie haben keinen persönlichen Werth, sie sind nichts geachtet und daher ohne Wergeld, und eine Busse wird ihnen nur pro forma zugesprochen, damit der

Richter des Geweddes nicht verlustig gehe, und sie gereicht ihnen nur zu Spott und Hohn[7]. Aus dem Mangel des Wergeldes auf Standeslosigkeit zu schliessen ist nicht zulässig, den Stand haben sie, aber im Stande selbst haben sie keinen Werth.

Sehr merkwürdig aber ist, dass die durch liederlichen Beruf Anrüchigen sich in ihrem engen Kreise selber wieder eine Genosssame schaffen, in welcher sie diese ihnen sonst versagten Rechte unter einander zur Geltung bringen. Man wird annehmen dürfen, dass Kempen und ihre Kinder, weil beiderseits rechtlos, einander beerbten, oder dass der Bruder eines verstorbenen Kämpfers die Vormundschaft über dessen Kinder an sich nahm; und diese Angehörigen verächtlicher Gewerbe gelangten im späteren Mittelalter sogar zu eigenen Gerichten, an denen sie unter sich mit allen Rechten der Gerichtsfunctionen ausgerüstet waren, wie denn solche Gerichte (das Pfeifergericht in Frankfurt a. M., das Kolenberger Gericht in Basel u. v. a.) sich oft in später Zeit mit mannigfachen Privilegien zu einem gewissen Anstande und selbst Ansehen erhoben haben. Gewiss eine der merkwürdigsten Erscheinungen, dass Leute, die ein Makel ihrer Lebensbeschäftigung von der activen Theilnahme an der ordentlichen Rechtsgenossenschaft ausschloss, selber wieder unter sich eine Genossenschaft bilden, um das ihnen versagte Recht wenigstens für den engen Verkehr unter ihres gleichen zurückzugewinnen. Nur Diebe und Räuber sind ausgeschlossen, ihre Genossenschaft dürfen die Spielleute und die Unehelichen ablehnen[8].

Die Rechtlosigkeit füllt im deutschen Rechte den Platz aus, den im römischen Rechte die infamia einnimmt. Ja wir können sagen: Rechtlosigkeit und infamia sind derselbe Rechtsbegriff, wennschon ihr Inhalt ein anderer ist. Beide sind die bürgerliche Unehre, welche die Ausübung der Befugnisse der Rechtsgemeinschaft entzieht. Diese Befugnisse sind nur für Rom und für Deutschland andere, weil die Gesellschaft und die darauf basierte bürgerliche Ordnung verschieden ist. Für den Römer offenbart sich die Achtung seiner Mitbürger darin, dass er in der Volksversammlung etwas gilt und zu Aemtern erhoben wird, Stimmrecht und Wählbarkeit sind die bezüglichen Rechte, die infamia also Verlust des jus suffragii et honorum. Dem Deutschen sind Volksversammlung und Ehrenstellen abhanden gekommen, er findet den Mittelpunkt seiner bürgerlichen Bethätigung in der Genosssame seines Standes und die Unehre äussert sich daher als Verlust der ständischen Rechte.

---

[7] Ssp III 45 § 9. 11, in letzterer Stelle unechte lude für rechtlose Leute.

[8] Ssp I 50 § 2.

§ 44. B. Ehrlosigkeit.

Es mag verwunderlich erscheinen, dass neben der Rechtlosigkeit in den Quellen noch einer Ehrlosigkeit Erwähnung geschieht. In dem eben betrachteten Rechtsinstitute scheint doch der bürgerlichen Ehre alle Berücksichtigung zu Theil geworden zu sein, so dass für ein zweites Rechtsinstitut der Ehrlosigkeit kein Raum zu bleiben scheint. Doch muss zweierlei davon abhalten, den oft vorkommenden Ausdruck ehrlos und rechtlos als eine der vielfach beliebten Tautologien zu betrachten. Einmal das für sich allein freilich nicht genug Beweis gebende Vorkommen parallel laufender lateinischer Ausdrücke, welche nicht den Eindruck blosser Tautologie machen: integer status und bona fama[1]. Integri status testis ist im Landfrieden von 1281[2] der, der siṇ recht hat behalten. Der testis bonae famae ist offenbar der nicht ehrlose Zeuge. Zweitens und vorzüglich aber weist auf verschiedene Bedeutung von Rechtlosigkeit und Ehrlosigkeit der Umstand, dass die Ehrlosigkeit nur als Folge einer ehrenrührigen Handlung vorkommt, weder als Folge unehelicher Geburt noch als Folge verächtlichen Gewerbes. Ehrlos sind daher von den rechtlosen Leuten nie die Unehelichen, die Spielleute und die Kämpfer, dagegen immer die, welche Diebstahl und Raub gesühnt haben, und ausserdem noch viele andere Missethäter.

Ssp II 19 § 2 nennt ehrlos und rechtlos den peinlich verurtheilten Eigenmann, den sein Herr losschwört.

Nach Goslar. Stat. S 93 Z. 10 (96, 39 f.) ist der Fälscher, auch wenn er seine Hand löst, doch rechtlos und ehrenlos.

Nach Ssp II 13 § 1 bleibt der Dieb ehrenlos und rechtlos.

Der Landfriede von 1235 c. 11 lässt den vor Gericht eines Mordanschlages auf seinen Vater überführten Sohn ehrlos und rechtlos werden[3].

Häufig kommen die beiden Ausdrücke ehrlos und rechtlos neben einander vor als Bezeichnung der Folgen einer Handlung, die unter den Begriff der Lehnsuntreue fällt[4], wie überhaupt im Lehnrecht vielfach von Ehre vertheilen, honorem perdere u. dgl. die Rede ist.

---

[1] Const. pacis 1235; Pertz II 316 Z. 27.

[2] Pertz II 436. Z. 47.

[3] Vgl. sonst noch Görlitzer Landr. (bei Homeyer, Ssp II 2) Art. 41 § 1, Art. 47 § 15. Schwsp (W.) 39 a. E.

[4] Guden, C. d. I Nr 230: quandocunque violaverimus fidem nostram, reputabimur et erimus ipso facto infames, quod vulgo dicitur erlos und rechtlos. Basler Dienstmannenrecht § 12 (RQ v. Basel Nr 3). UB. Augsburg I Nr 15. Berner,

Die Ehrlosigkeit tritt demnach ein als Folge von Handlungen, welche eine Gemeinheit und Niederträchtigkeit der Gesinnung bekunden. Und nach den in den Quellen vorliegenden Fällen lassen sich zwei Kategorien aufstellen, in welche alle diese ehrlos machenden Handlungen einzureihen sind: gemeine Verbrechen, wie Diebstahl, Raub, Fälschung und Treubruch (Zuwiderhandeln gegen gelobte Treue), letzteres besonders im Lehnrechte, doch nicht ausschliesslich[5].

Die Bedeutung der Ehrlosigkeit ist auch eine andere als die der Rechtlosigkeit. Sie besteht darin, dass der Ehrlose seine Glaubwürdigkeit eingebüsst hat, dass er moralisch discreditiert ist, wie es Schwsp (L.) 278 deutlich zu erkennen giebt, wo angegeben wird, was einem an die Ehre geht. Und die Wirkung ist, dass ein solcher moralisch discreditierter Mann eidesunfähig ist, dass man seinem Worte und Eide nicht mehr vertraut, daher er sich bei peinlicher Anklage durch Gottesurtheil reinigen muss und nicht schwören darf, und unter Umständen bei Rückfall schwerer bestraft wird. Mit der Rechtlosigkeit fällt das nicht zusammen, weil der Uneheliche und der Spielmann diese moralische Glaubwürdigkeit nicht eingebüsst hat und sich auf Anklage frei schwören darf; aber der Verbrecher und der Treubrüchige hat sie nicht mehr.

In diesem Sinne sind auch wohl jene im vorigen Paragraphen vorbehaltenen Stellen Ssp I 39 und II 26 § 2 zu verstehen. Es wird da gesagt, dass diejenigen, welche ihr Recht mit Diebstahl oder Raub verloren haben, bei neuer Anklage sich nicht des Eides bedienen dürfen. Aber nicht weil sie rechtlos sind, dürfen sie nicht schwören, sondern weil sie durch ihr Verbrechen zugleich auch der Ehrlosigkeit verfallen sind. Sprechen das auch diese Stellen nicht aus, so liegt es doch in der Beschränkung auf Diebe und Räuber, und darin, dass für die andern Rechtlosen diese Folge nicht eintritt.

Es kann demgemäss auch die Meinung von Zöpfl[6] nicht gebilligt werden, dass die Ehrlosigkeit als Rechtlosigkeit nach Lehnrecht, im Gegensatz zur Rechtlosigkeit nach Landrecht aufzufassen sei, d. h. die Ehrlosigkeit im Lehnrechte diejenige Stelle einnehme, welche im Landrechte die Rechtlosigkeit ausfüllt. Die Ehrlosigkeit kommt ja auch im Landrechte neben der Rechtlosigkeit vor.

Zur Verfassungsgesch. von Augsburg S 133: elos und rechtlos, offenbar statt ehrlos. Friedrichs II. Priv. für Goslar (bei Göschen, Gosl. Stat. 114, 4): echlos auch für erlos.

[5] So auch im Vormundsverhältnis, Richtst. Landr. 33 § 5, 9 verglichen mit Schwsp (W.) 55 (S 54 Z. 22) und sonst; Kraut, Grundriss 5. Aufl. § 49 Nr 50 f.

[6] D. St.- u. RG III 441.

Hingegen scheint sich zu ergeben, dass jemand im Lehnrechte ehr- und rechtlos sein konnte, dagegen es im Landrechte nicht war. Im Lehnrechte nämlich wurde man ehr- und rechtlos und seiner Lehn verlustig wegen Lehnsuntreue; ich möchte nicht glauben, dass das auf das Landrecht und die Stellung des untreuen Lehnsmannes im Landgerichte zurückgewirkt habe, der wegen Felonie verurtheilte Lehnsmann also etwa von einer im Landgerichte gegen ihn erhobenen peinlichen Anklage sich nicht hätte durch Eid reinigen dürfen. Denn das Landrecht kümmerte sich nicht um die lehnrechtliche Untreue, die war im Lehnsgerichte abgethan und hatte für weitere Kreise als die Lehnsgenossen wohl auch kein Interesse.

Dagegen wird man die Sache kaum umkehren und nun auch sagen dürfen, die landrechtliche Ehrlosigkeit habe auf das Lehnrecht nicht zurückgewirkt; finden wir im sächs. Lehnr. 2 § 1 den bestimmten Beweis, dass die landrechtliche Rechtlosigkeit die Möglichkeit einer Stellung im Lehnrechte aufhob, so ist zu denken, dass landrechtliche Ehrlosigkeit in Folge eines Verbrechens die Zulassung zum Eide im Lehnsgerichte ebenfalls verhinderte.

§ 45. C. Echtlosigkeit.

Nicht unter das hier betrachtete Institut der bürgerlichen Ehre gehört ein Begriff, der in der Regel mit Ehr- und Rechtlosigkeit verbunden behandelt wird, die Echtlosigkeit. Das Wort selbst ist zweideutig, echtlos heissen in den Quellen bisweilen die zum ehelosen Leben Verpflichteten, Pfaffen und Klosterleute, oder wie in Ssp I 51 § 1 die der Familienrechte Entbehrenden; diese Bedeutungen lassen wir von vorneherein bei Seite. Die eigentliche Echtlosigkeit ist die in Folge der Echtung eingetretene Gesetzeslosigkeit, privatio legalitatis, wie Friedrichs I. Reichsgesetz von 1187[1] übersetzt. Der Geächtete ist exlex oder ehlos[2]. Die Echtlosigkeit ist der bürgerliche Tod, der Echtlose hat nicht blos seinen bürgerlichen Ruf, seine existimatio, sondern seine ganze rechtliche Existenz eingebüsst, er ist rechtlos in modernem Sinne, d. h. der Rechtsfähigkeit beraubt, und wer ihn tödtet, verwirkt weder Wergeld noch Busse, und verfällt auch nicht der öffentlichen Strafe, welcher derjenige unterliegt, der einen wergeldlosen Rechtlosen tödtet[3]. Somit hat der Echtlose auch alle

[1] Pertz II 184 Z. 33.

[2] Wirtemb. UB. I Nr 229: Herimannus qui fuit exlex, quod vulgariter dicitur elosh.

[3] Ssp III 45 § 11.

Privatrechte (Familien- und Vermögensrechte) verloren, seine Ehe ist rechtlich aufgelöst, so dass er keine echten, d. h. ehelichen Kinder mehr gewinnen kann, sein Vermögen ist verfallen und wird eingezogen, das Eigen vom König, der es aber den Kindern aus Gnaden überlässt, wenn dieselben es binnen Jahr und Tag aus seiner Gewalt ausziehen, das Lehen vom Lehnsherrn[4].

Nennt schon der Ssp I 38 § 2 den Geächteten incorrect rechtlos, so ist vollends später zwischen den verschiedenen Ausdrücken ein Schwanken und eine Verwischung eingetreten. Auch bei der mehr und mehr in der Rechtssprache beliebt werdenden Häufung synonymer Ausdrücke rafft man zusammen, was man findet, namentlich wenn es gilt eine Formel recht auf die Spitze zu treiben und ihr dadurch den Schein hoher Feierlichkeit zu geben, wie z. B. die Verfemungsformeln der westfälischen Freigerichte[5], und in solchem Wust verschwindet die präcise Unterscheidung der Begriffe Recht-, Ehr- und Echtlosigkeit vollständig.

Zweites Kapitel.

Handlungsfähigkeit.

§ 46. I. Umfang und Schranken der Handlungsfähigkeit.

Indem wir Handlungsfähigkeit definieren als die Fähigkeit, Handlungen, welche Rechtsgeschäfte bilden sollen, mit der für diese vom Recht aufgestellten Wirkung vorzunehmen[1], denken wir dabei vorab an die Leistungsfähigkeit des auf Abschluss des Rechtsgeschäftes gerichteten Willens- und Erkenntnisvermögens; handlungsfähig ist, wer die vom Rechte verlangten Garantien geistiger Reife und Solidität besitzt, und je nach dem Grade geistiger Reife kann auch die Handlungsfähigkeit abgestuft werden. In diesem Sinne ist sie von der Rechtsfähigkeit unabhängig. Man könnte zwar denjenigen, der unter fremder Gewalt steht und durch den Willen des Gewalthabers nach allen

---

[4] Ssp I 38 § 2 u. 3. [5] Wigand, Femgericht S 434.

[1] Man fasst den Begriff gewöhnlich weiter, als Fähigkeit zur Vornahme rechtlich relevanter Handlungen oder dgl., wo dann auch die Delicte darunter fallen. Aber Keller, Pandekten § 25 bemerkt mit Recht, dass das dem Sprachgebrauche nicht entspreche, welcher für Delicte von Zurechnungsfähigkeit, nur für Rechtsgeschäfte von Handlungsfähigkeit rede.

Richtungen gebunden ist, auch handlungsunfähig nennen insofern, als er unvermögend ist, seinen Willen zur Geltung zu bringen, aber der juristisch-technische Sprachgebrauch ist das nicht, und ich habe hier um so weniger Veranlassung, auf diese Frage näher einzugehen, als die bezüglichen Rechtssätze schon bei der Munt ihre Erörterung gefunden haben.

Die Voraussetzung der Handlungsfähigkeit in technischem Sinne liegt also nach einer andern Seite als diejenige der Rechtsfähigkeit, sie besteht nicht in der Anerkennung der persona wesentlich auf Grund der persönlichen Freiheit, sondern in dem Vorhandensein des intellectus, d. h. des Verständnisses für Rechtsakte. Dieser intellectus kann rechtsunfähigen Menschen innewohnen und rechtsfähigen mangeln, so dass in der That keine Beziehung zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit besteht. Ein freigeborener furiosus oder infans ist in vollem Maass rechtsfähig und entbehrt der Handlungsfähigkeit absolut, und ein Sklave geniesst der letzteren, obschon ihm die Rechtsfähigkeit abgeht. Wir sehen, dass die Abhängigkeit eines Menschen von einem andern, welche seine Rechtsfähigkeit (d. h. Fähigkeit Träger von Vermögensrechten zu sein) vielleicht sehr einschneidend schmälert, seine Handlungsfähigkeit grundsätzlich nicht schwächt; berechtigt sie auch den Inhaber der Gewalt, solche Handlungen des ihm Unterworfenen nicht anzuerkennen, so geschieht das doch nicht wegen mangelnder Handlungsfähigkeit des letzteren, sondern weil die Handlung im Widerspruch mit seinen (des Gewalthabers) Interessen steht.

Der Mangel des Intellectes kann aber durch das Recht in sehr verschiedener Weise berücksichtigt und demgemäss die daraus resultierende Handlungsunfähigkeit mit verschiedenem Effect versehen sein. Hierin liegt uns eine wesentliche Divergenz zwischen römischem und deutschem Rechte vor. Das römische Recht stuft die Handlungsunfähigkeit und deren Rechtsfolgen nach dem höheren oder geringeren Grade des geistigen Erkenntnisvermögens ab: wo solches ganz fehlt, ist auch jegliche Handlungsfähigkeit ausgeschlossen; wo es zwar vorhanden ist, aber an gewisser Schwäche leidet, ist die Handlungsfähigkeit entsprechend beschränkt. Absolut handlungsunfähig, selbst unfähig zum Abschlusse von Verträgen, die ihnen blos Vortheil bringen, sind furiosi und Kinder unter sieben Jahren, weil sie nullum habent intellectum; Geschlechtsunreife und geschlechtsreife Minderjährige haben aliquem intellectum, und demgemäss auch einige Handlungsfähigkeit, aber keine vollständige, beide wieder in höherem oder geringerem Maasse. Soweit nun kein intellectus vorhanden ist, wird auch jedes Rechtsgeschäft der betreffenden Person als nichtig behandelt, es

existiert in Rechten nicht: und zwar unbedingt alle Handlungen von furiosi und infantes, weil solche, alles Intellectes baar, überhaupt nicht, auch nicht unter Assistenz eines tutor handeln konnten; Verpflichtungen, besser: belastende Handlungen der pupilli, wozu der aliquis intellectus nicht ausreichte, es sei denn, dass er ergänzt ist durch auctoritatis interpositio des tutor; Veräusserungen und wohl auch Verpflichtungen des minor, wozu der intellectus ebenfalls als nicht ausreichend gilt, es sei denn, dass der consensus curatoris hinzugekommen sei. Ausserdem aber giebt das römische Recht den pupilli und den minores selbst gegen solche durch die bezügliche Mitwirkung des tutor oder curator rechtsbeständig gewordenen Handlungen restitutio in integrum.

Das ist doch alles schon ziemlich compliciert und nicht einfach zu handhaben. Wir dürfen im deutschen Rechte nichts Aehnliches erwarten. Dasselbe weicht auch in zwei Grundzügen davon ab: einmal unterscheidet es nicht vier Altersstufen mit verschiedenem Grade der Einsicht und des Verstandes, und sodann kennt es überhaupt keine vollständige Handlungsunfähigkeit. Also erstens statt der vier Stufen der infantes, impuberes, minores und maiores trennt es ursprünglich wenigstens (die spätere Unterscheidung des Sachsenrechtes in die zu ihren Jahren und zu ihren Tagen Gekommenen mag der Besprechung im Vormundschaftsrechte vorbehalten bleiben) überhaupt nur diejenigen, welche gut und böse unterscheiden können, und die das noch nicht vermögen[2], also diejenigen, welche zu den bescheidenen (d. h. unterscheidenden) oder versunnenlichen Jahren, den anni discretionis oder intelligibiles gelangt sind oder noch darunter stehen, und die Grenze zwischen beiden bildet eben das zwölfte oder fünfzehnte Jahr, mit welchem man mehrjährig wird.

Zweitens aber, was besonders bemerkenswerth ist: der Mangel des Intellectes, der Kraft der Unterscheidung zwischen gut und böse bewirkt in keinem Falle Ungiltigkeit der Rechtshandlungen, sondern blos die Möglichkeit einer Revocation derselben binnen einer bestimmten Frist nach Erlangung des Intellectes. Es ist eine durchaus realistische, aber praktisch gut verwerthbare und functionierende Anschauungsweise: das Rechtsgeschäft ist abgeschlossen, es kann nicht als nichtig,

---

[2] Grimm, Weisth. II 542: ein sohn der so gross wehre, dass er zu gassen und strassen gehen und guet und bös verstehen könte. Vgl. Richtst. Landr. 43 § 4. Schwsp (W.) 71 S 68 Z. 21. Der Schwabenspiegel spricht allerdings ein paar mal von Kindern unter sieben Jahren, wahrscheinlich ein Lesefehler gegenüber der Vorlage, dem Sachsenspiegel, binnen sinen jaren. verlesen in siuen. Wackernagel, Die Lebensalter S 48 Anm 255.

als nicht existierend gedacht werden, es besteht also, aber der des Verständnisses Entbehrende mag es nochmals prüfen, wenn er verständig geworden ist, und dann dabei bleiben oder es widerrufen[3]. Vor einer vorzeitigen Leistung aber schützt ihn die Munt des Vormundes, welcher sein Vermögen in Händen hat und nichts für Erfüllung des Rechtsgeschäfts herauszugeben braucht, wie das im Vormundschaftsrechte näher darzulegen ist[4].

Handlungsunfähigkeit wegen mangelnden Intellectes giebt es also im deutschen Rechte nicht, denn auch das kleinste Kind ist handlungsfähig, zunächst so, dass es die Verpflichtung der Gegenpartei bei einem ihm günstigen Geschäfte in seiner Hand hat und die letztere nicht aus seinem Willensmangel Ungiltigkeit des Rechtsgeschäftes für sich beanspruchen kann; dann aber auch so, dass es selber Verpflichtungen auf sich nehmen kann, welche an ihm haften bleiben, wenn es nicht zu rechter Zeit dagegen reagiert. Das Verhältnis ist durchweg für alle Alter bis zur Grossjährigkeit analog demjenigen der römischen minores.

Man möchte sagen, dass ein solches Princip für die unter ihren Jahren stehenden jungen Leute doch nicht ganz ungefährlich gewesen sei. Aber das Correlat war eben die Strenge der Munt: der Vormund wachte in eigenem Interesse genugsam darüber, dass der junge Mensch nichts in seine Hände bekam, womit er eingegangene Verpflichtungen hätte lösen können, und wenn ein Mündel sich hinterrücks etwas aneignete und weggab, so hatte der Vormund auch wieder aus eigenem Rechte die Klage auf Rückgabe. Und wer mochte mit einem Minderjährigen in Verkehr treten bei der Aussicht, dass viel-

---

[3] Wie es in einer Urk. von 1294, Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1497 heisst: agros resignavit, quos primo sub annis puerilibus resignaverat.

[4] Das Gesagte kann für die Minderjährigen quellenmässig bewiesen werden, für die Wahnsinnigen, Blödsinnigen u. dgl. sind mir Belege nicht zu Gebote, aber ich sehe keinen Grund, der daran hinderte, das gleiche für diese anzunehmen. Mochte ein furiosus noch so viele Rechtsgeschäfte eingehen, sein Vormund kümmerte sich nicht darum, und die Sachen blieben in suspenso, bis der furiosus wieder zur Vernunft gelangte. — Bezüglich der Zurechnungsfähigkeit für Delicte ergiebt sich ein analoges Resultat. Delicte haben einen Schaden bewirkt, der durch die Willensunfähigkeit des Delinquenten nicht aufgehoben ist, der Geschädigte muss seinen Ersatz erhalten; daher auch Schaden, den Kinder, Wahn- oder Blödsinnige verübt haben, nach seinem vollen Werthe zu ersetzen ist. Ssp III 3. Kraut, Vormundschaft I 339. Aber das Verbrechen wird ihnen nicht imputiert und daher werden sie nicht mit Ungericht verfolgt und nicht öffentlich gestraft. Richtst. Landr. 43 § 4, wo in dieser Beziehung die Gleichstellung von Kindern unter zwölf Jahren und Wahn- und Blödsinnigen ausgesprochen ist.

leicht Jahre lang das Geschäft in suspenso bleibe und schliesslich widerrufen werde! So überliess man den jungen Menschen sich selbst, und es ergab sich auch namentlich kein Bedürfnis, ihm durch Mitwirkung des Vormunds in irgend welcher Form, sei es in der Art einer auctoritatis interpositio oder einer Vertretung, den Abschluss sofort wirksamer Rechtshandlungen zu ermöglichen: man liess ihn handeln, und was in seinem Interesse war, etwa Ausschlagung überschuldeter Erbschaften, kam ihm zu gute, und was ihm schädlich war, band ihn noch nicht definitiv. Das deutsch-rechtliche Princip der Unmöglichkeit einer Vertretung durch Andere in Abschluss von Rechtsgeschäften konnte auch hier rein durchgeführt werden. Davon wollen wir jetzt sprechen.

§ 47. II. Stellvertretung.

Von Stellvertretung handeln wir hier in dem Sinne der Abschliessung von Rechtsgeschäften in fremdem Namen. Das deutsche Recht hat sie nicht gekannt; jeder muss sein Recht selber vertreten. Wie es unbedingte Ehrensache war, in allen Vorkommenheiten des Lebens seinen Mann zu stellen und persönlich einzustehen für alles, was einen traf, so war es auch Recht und Pflicht eines jeden, nicht Andere für sich sorgen zu lassen, wo es sich um Rechtsgeschäfte handelte. Dieser Satz wird gegenwärtig noch, so viel ich sehe, durchaus abgelehnt für die Vormundschaftsverhältnisse, die Litteratur über deutsche Vormundschaft nimmt Stellvertretung des Mündels durch den Vormund an, aber für die ältere Zeit bis spät in das 13. Jahrhundert mit Unrecht. Der nähere Nachweis bleibt dem Abschnitte über die Vormundschaft vorbehalten, hier begnüge ich mich mit der Bemerkung, dass in allen Muntverhältnissen der Muntherr nicht als Vertreter seiner Angehörigen, sondern als Repräsentant seines Hauses auftritt (wie schon oben § 27 gegen Ende ausgeführt), also, worauf es uns hier ankommt, dass er nicht in fremdem Namen, sondern als direct in seiner Herrschaft Betroffener handelt, sein eigenes Interesse wahrt und sein Recht vertritt. In Bezug auf Delicte sollte das nicht zweifelhaft sein, aber auch für Rechtsgeschäfte kann es nicht beanstandet werden, wenn man sieht, dass Mündel nach erreichter Mündigkeit alles von dem Vormunde auf ihre Kosten Geschehene nicht zu respectieren brauchen.

Aber auch die Möglichkeit einer Stellvertretung selbmündiger Personen, in dem Sinne des Handelns und des Abschliessens von Rechtsgeschäften in fremdem Namen, ist nur auf Umwegen erreicht

worden. Noch der Ssp I 42 § 1 und deutlicher das Görlitzer Landrecht 47 § 17, welche einen durch Krankheit oder Alter an der Besorgung seiner Geschäfte Verhinderten nur durch Bestellung eines Vormundes zu einer Vertretung kommen lassen, weisen darauf hin, dass Erwählung eines Muntherrn, commendatio in mundeburdium, ursprünglich das einzige Mittel war, sich durch einen Andern vertreten zu lassen. Darum heisst auch der Prozessvertreter in dem Placitum von 693[1] mundeboro und das ganze Mittelalter hindurch Momper, Munthaber.

Werfen wir vorerst einen Blick auf dieses Gebiet, Vertretung im streitigen Rechte, worüber die Quellen verhältnismässig reicher sind und genauere wissenschaftliche Untersuchungen vorliegen. Eine Erleichterung gewährte für die Prozessführung zunächst vor Königsgericht die königliche Gewalt: statt der commendatio der Person in manus des Muntherrn begnügte man sich mit der commendatio causae in die Gewalt des Beauftragten. Als besondere Form hiefür finden wir die laisiwerpitio festucae, das Zuwerfen der festuca an den Bevollmächtigten[2], wobei der festuca vielleicht die Bedeutung zukommt, dass das Gelöbnis der Genehm- und Schadloshaltung, die fides per festucam facta, damit abgelegt wurde[3], wenn man nicht annehmen will, dass ihre Function blos die war, den Empfänger gegenüber der andern Partei zu legitimieren über die vom Mandanten empfangene Gewalt. Leicht gemacht war diese Bestellung eines Machthabers, der immerhin die Sache in eigenem Namen führte, zum dominus litis gemacht war, übrigens keineswegs, denn sie konnte nur durch königliches Präceptum erfolgen[4].

Grosse praktische Bedeutung mochte das anfangs überhaupt nur für das Königsgericht haben, da es für gewöhnliche Prozesssachen vor Volksgericht in den meisten Fällen schon an sich zu umständlich gewesen wäre, ein königliches Präceptum einzuholen. Ja es scheint dürfen angenommen zu werden, dass prozessualische Stellvertretung ursprünglich eben nur im Königsgerichte zugelassen war[5]. Deutet

---

[1] K. Pertz, M. 66: Amalbercthus nec venissit ad placitum nec ipso mundeborone suo Ermechario, quem per ipsas praecepcionis habuit achramitum.

[2] Cap. I ad leg. Sal. c. 12 (Behrend S 92). Marc. I 21 (Rozière 392).

[3] Gemäss Cart. Senon. 50 (Zeumer) = Rozière 391: ut quicquid exinde egeris, me in omnibus raptum et aptum definito esse cognoscas.

[4] Roth, Feudalität S 315. Brunner in Goldschmidts Z f. HR XXIII 234 f.

[5] Nicht dagegen sind die Formeln Rozière 384—386. 388, welche sich zwar an schriftlichem Mandat genügen lassen, aber für die römische Bevölkerung aufge-

schon das soeben Bemerkte darauf, so kommt als weitere Stütze dazu, dass das Cap. von 802 c. 9[6] für das Gericht des Missus Vertretung zulässt unter der Voraussetzung, dass der Vertretungsbedürftige sich in echter Noth befindet und das Gericht selbst den Vertreter bestimmt. Es wäre nicht recht verständlich, warum das missatische Gericht noch so eingeengt gewesen wäre, wenn das gewöhnliche Grafengericht sich schon freier bewegt hätte. Vielmehr liegt hier eine Ausdehnung der am Königsgerichte geltenden Grundsätze auf das Gericht des Missus vor; auch für das Königsgericht war echte Noth Voraussetzung der Vertretung, und die königliche Amtsgewalt kam ja eben solchen Verlegenheiten zu Hilfe.

Uebrigens galt auch das nur in Civilsachen, denn Vertretung eines peinlich Angeklagten war überhaupt nicht möglich. Während dann in Frankreich, wo die Königsgewalt in festeren Händen blieb, auch das Recht der Ermächtigung zur Prozessvertretung sich als Vorrecht des Königs erhielt, der dieselbe durch lettres de grace ertheilte, ging dieses Recht in Deutschland auf die Grafen und die Gerichte über. Die Gerichte ermächtigten zunächst im Falle echter Noth, später auch ohne solche, zur Vertretung. Es scheint hiefür folgende Entwickelung angenommen werden zu dürfen[7].

Bis ins 13. Jahrhundert war Stellvertretung im Prozess nicht zugelassen, nach dem Sachsenspiegel scheint sie bestimmt ausgeschlossen[8]. Zuerst tritt gerichtliche Bestellung eines Vertreters auf, wie das in dem Falle des Magd. Bresl. syst. Schöffenr. IV 2, 85 sich zeigt. Diese gerichtliche Bestellung weist durch ihre Form in ziemlich sicherer Weise auf die alte Bevollmächtigung per festucam zurück, sie erfolgt nach Sachsenrecht mit Finger und Zungen, die sächsische Form der fränkischen effestucatio, so in dem Falle bei Wasserschl. I 261 c. 123. Das steiermärkische Landrecht[9] hat die Form der Aufgabe an den Gerichtsstab, was wohl auf das gleiche Princip zurückführt. Beiden erwähnten Quellen aber entnehmen wir, dass diese Vertretungsbevollmächtigung in Anwesenheit der Gegenpartei geschehen musste, ja selbst mit Zustimmung derselben[10]. Nehmen wir dazu, dass die

---

setzt sind, und 387. 389. 390 für Geistliche, also beides Ausnahmen. Vgl. Brunner, Die Zulässigkeit der Anwaltschaft, in Z f. vgl. RW I 381.

[6] Boretius I 93.

[7] Vgl. Brunner in Z f. HR XXIII 237 ff.

[8] Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter I 190.

[9] Ausg. von Bischoff S 85, Anm zu Art. 20.

[10] Was auch in vielen bei Brunner a. a. O. angeführten Stadtrechten verlangt ist.

Stelle bei Wasserschleben den Vertreter geradezu Vormund nennt, und ihm die Forderung „zu thun und zu lassen" übergeben wird[11], so ist ersichtlich, dass es sich um völlige Uebertragung des Anspruches an den Vertreter handelte, der auch für die Gegenpartei der einzige fortan in Betracht kommende Berechtigte oder Verpflichtete war, woraus sich auch die Nothwendigkeit der Zustimmung der Gegenpartei erklärt[12].

Aussergerichtliche Vertretungsbestellung durch Vollmachtbriefe finden wir schon früh bei Fürsten. Von ihnen sagt der Ssp II 42 § 3, sie mögen, wenn sie in einem Prozess über ein Lehn von ihrem Lehnsmanne zur Währschaft geladen werden, diese Währschaft mit offenem Brief und Siegel leisten, womit sie einen ihrer Dienstleute senden, der das Gut vertrete an ihrer Statt[13]. Diese Vollmachtbriefe sind an das Gericht adressiert und umschreiben sehr sorgfältig den Umfang der Handlungen, zu denen der Vertreter befugt sein soll; z. B. Wyss, Abtei Zürich UB. Nr 99: Al. nostrum constituimus procuratorem ad omnia faciendum que si nos presentes essemus facere possemus de jure, producendo testes, vel renunciando pluribus testium productionibus, sive vestram recipiendam sententiam sub ypoteca rerum nostrarum firmiter promittentes, quicquid idem nomine procuratorio in causa predicta ordinaverit, ratum et firmum habituros. Damus etiam ei potestatem transiendi vel amicabiliter componendi et alium substituendi procuratorem in negotio predicto.

Was sich die Fürsten derart gestatteten, fand nur sehr schwer Eingang in den unteren Ständen. Bei Wasserschleben I 377 c. 26 ist ein Fall mitgetheilt, wo der um ein Lehngut angesprochenen Partei

---

[11] So auch Goslar. Stat. 70, 8. Ferner Hallisches Schöffenbuch, Buch III S 254 Nr 411, wo sich hinwieder der Vertretene das Recht vorbehält, bei Verhinderung des Vertreters wieder in sein Recht zu treten: Hans von Ylburg von Lipzk kos vor gericht zu vormund Johan von Wolueten und gab im die vormundschaft in seine hand als recht ist um die sache die er hat gegen Wolvesheyne: wäre dass der vormund nicht kommen mochte, käme Hans von Ylburg, der sakewaldige is in der sake, der mag wol treten an sinen recht.

[12] Nicht als Vertreter sind mit Maurer, Altdeutsches Gerichtsverfahren S 25 die Boten, missi, nuntii, anzusehen, die nur geschickt werden, um die ehehafte Noth anzuzeigen und dadurch Aufschub zu erlangen. Das kommt auch im sächsischen Rechte vor, Planck a. a. O. I 190.

[13] So finden sich vielfach Vertreter geistlicher und weltlicher Herren in Prozessen, Hist. Fris. II Nr 130: procurator episcopi; Westf. UB. (Wilmans) III Nr 192: ubi dominus Hermannus de Lippia extitit ecclesie procurator. Das. Nr 204. Wyss, Abtei Zürich, UB. Nr 56: prepositus R. qui procurabat causam abbatisse et sigillum eius pro ratihabitione judicibus ostendit. Das. Nr 62. Mon. Bo. I 94. 99. 306, VIII 36 u. s. w.

auferlegt war, den Lehnsherrn als Gewährsmann beizubringen, und letzterer, durch Krankheit am persönlichen Erscheinen verhindert, seinen Boten mit einem Briefe, welcher die bezügliche Erklärung enthielt, an das Gericht schickte; die Gegenpartei bat um ein Urtheil dahin gehend, dass der Beweis nicht geleistet sei, weil keines Boten noch Briefes im Beweisurtheil sei gedacht worden. Und das Gericht liess Boten und Brief nur mit der ausdrücklichen Motivierung als genügend gelten, dass ehehafte Noth (Krankheit) das persönliche Erscheinen gehindert habe. Von eigentlicher Vertretung ist hier allerdings nicht die Rede, aber es ist dies der durchaus mit Ssp II 42 § 3 correspondierende Fall, und für eigentliche Vertretungsbevollmächtigung hat gewiss das gleiche gegolten.

Aber wir können diesen Gegenstand (Prozessvertretung) hier nicht ins einzelne verfolgen. Wir fragen nach der Stellvertretung bei Rechtsgeschäften, wobei wir auch wieder die Vormundschaftsverhältnisse unberührt lassen, um alles über Vertretung der Bevormundeten zu sagende der zusammenhängenden Darstellung des Vormundschaftsrechtes vorzubehalten. Hier interessiert uns nur die Frage, wie weit Stellvertretung selbmündiger Personen bei Rechtsgeschäften möglich war.

Abgesehen von den in den zwei folgenden Paragraphen zu besprechenden Auskunftsmitteln ist auch da bis in das 13. Jahrhundert Stellvertretung ausgeschlossen. Ein Fall, bei welchem dies besonders einleuchtend zum Vorschein kommt, ist derjenige der Tradition von Gütern an kirchliche Anstalten. Die Vergabung kann nicht an den Vorsteher der Anstalt erfolgen, sondern muss an den als Eigenthümer gedachten Heiligen selbst gemacht werden. Zum Verständnis bemerke ich hier nur kurz, was später bei den juristischen Personen näher zu ermitteln ist:

Die einzelnen Kirchen standen unter der Munt (Vogteiherrschaft) desjenigen, auf dessen Grund und Boden sie erbaut waren; das war in der Regel der Gründer selbst. Von ihm erhielten sie auch ihre erste dos, welche gegeben wurde, sobald der Bischof, der die Kirche weihte, die Reliquien des Heiligen in den Altar niedergelegt hatte. Letzteres geschah erst, nachdem der Bischof die Zusicherung erhalten, es werde eine zum Unterhalt des Geistlichen und zu den sonstigen kirchlichen Bedürfnissen genügende dos bestellt werden, aber vor der Dosbestellung selbst, und erst nach der Weihung und der Einsetzung der Reliquien tradierte der Stifter die dos auf den Altar. Diesen Vorgang zeigen uns viele Freisinger Traditionen besonders klar. Es ist dies höchst bemerkenswerth. Warum muss zuerst die Consecration

und das reliquias addere vor sich gehen, bevor die Dotierung erfolgen kann? Weil für die letztere zuerst ein Rechtssubject muss geschaffen werden, und dies ist der Heilige, dessen Reliquien in dem Altar geborgen sind. Ihm schenkt der Fundator die dos, er wird Eigenthümer der dos und aller späteren Erwerbungen aus Schenkungen u. s. w. Alles, was auf solche Art dem Heiligen zugekommen ist, bildet das Gut der betreffenden Kirche und kann auch vom Fundator nicht separat veräussert werden; wohl mag letzterer als Muntherr der Kirche seine Herrschaft üben, die ganze Anstalt mit allem ihrem Vermögen veräussern, aber die Kirche behalten und ihr Gut verschleudern wäre eine Beraubung des Heiligen. Traditionen an die Kirchen nun sind bis ins 13. Jahrhundert nicht anders rechtswirksam als in der Form der Uebergabe an den Heiligen selbst, d. h. auf den Altar, in welchem seine Reliquien ruhen, oder ausserhalb der Kirche auf das Reliquienkästchen. Nicht der Pfarrer der Kirche, der Probst des Stiftes, der Abt des Klosters, der Bischof der Diöcese ist befähigt, als Stellvertreter des Heiligen oder der kirchlichen Anstalt eine Schenkung zu empfangen. Das geht aus den tausend und abertausend Urkunden hervor, worin immer von der Tradition an die Reliquien gesprochen wird[14] und wovon einige besonders bezeichnende Beispiele hier angeführt werden mögen.

Von dem heiligen Lutger, dem Gründer der Abtei Werden, der für dieses sein Kloster namhaften Grundbesitz zusammenbettelte, wird in Urkunden mehrfach erzählt, er habe die Reliquien immer mit sich zu tragen gepflegt, um sie gleich zur Hand zu haben und den Schenkungseifer nicht erkalten zu lassen[15].

Auf ein Gut, das dem Kloster S. Victor von Marseille streitig gemacht war, aber zurückgegeben werden will, bringen die Mönche die Reliquien: archam S. Victoris illuc detulerunt et tribus diebus totidemque noctibus illic cum ea manserunt[16].

Um das Jahr 1160 kaufte der Probst von Bürgeln am Blauen bei einem Aufenthalte in Basel ein Gut. Sed quia reliquias sanctorum non habuit in presenti, rogavit Chonradum ducem, in cuius presentia gesta sunt hec, ut praedia susciperet in sua fide ad faciendum de eis quod ipse rogaretur, quod et fecit. Die Sache verzog sich

---

[14] NR. UB. I Nr 323: cum reliquie sanctorum ibi comportate presentialiter adessent. Reg. Westf. (Erhard) I Nr 40: ad reliquias quas abbas adduxit. Westf. UB. (Seibertz) I Nr 70. UB. St. Gallen Nr 40. Cod. dipl. Anhalt. I Nr 504. Guden, C. dipl. I Nr 4.

[15] NR. UB. I Nr 11. 17. 18.

[16] Cartulaire de S. Victor de Marseille I Nr 27.

aber längere Zeit, bis einmal der Probst hörte, dass der Herzog bei Schönau im Wiesenthal jage. Schnell nimmt er seine Reliquien unter den Arm, eilt hinüber, und der Herzog ammonitus de fide tradidit super reliquias S. Blasii sanctique Johannis praedium praedictum, et ex illa die venit in jus legitimae possessionis monasterii S. Johannis apud Bürgilun[17].

Ebenso ist Lehnsempfang durch Stellvertreter unstatthaft; erst später wird es zugelassen mit der Bedingung der Nachholung durch den Lehnsmann selbst[18].

War der Erwerb von Rechten durch Stellvertreter unmöglich, um wie viel mehr werden wir das Aufgeben von Rechten, bezw. das Eingehen von Verpflichtungen durch Stellvertreter als ausgeschlossen ansehen dürfen! Freilich gerade bei den kirchlichen Anstalten ergiebt sich in dieser Hinsicht eine Schwierigkeit. Den Heiligen konnte man sich als beschenkt denken, aber wie sollte er als selber tradierend gedacht werden? Wir finden in der That, dass seit ältester Zeit der Bischof, der Abt u. s. f. Kirchengut verleiht und veräussert, aber er thut es nicht als Stellvertreter des Heiligen, sondern kraft der durch die Investitur seitens des Vogteiherrn ihm übertragenen Gewalt, wie das in § 64 näher darzulegen ist. Dagegen finden wir, dass Laien nicht durch Stellvertreter ein veräussertes Gut tradieren und auflassen konnten; so heisst es einmal[19] von dem nächsten Erben: Cum haec res (traditio curtis) minus firmitatis habere videretur, eo quod justus heres, frater videlicet eius (tradentis) Temo, utpote vulnerum infirmitate detentus, praesens non esset, sed nuntius eius, iterum constituta die Everhardus presente et consentiente fratre eius justo herede Temone curtem tradidit. Was vom Erben gilt, muss auch vom Veräusserer selbst gelten, daher: ut illa donatio mea quam absens feceram (per nuntios meos et litteras meas legitima traditione heisst es vorher) debita et rata firmitate constaret, tradiert er personaliter ad domum S. Floriani accedens[20]. Noch im Magdeburger

---

[17] Die hübsche Erzählung steht in Conradi monachi S. Blasii chronicon Bürglense, abgedr. in: Anonymus Murensis denudatus v. P. Rusten Heer, Frib. Brisg. 1755, 4. S 366—383.

[18] A. V. de benef. III 12. Homeyer, Ssp II 2 S 325. In der Urk. bei Kindlinger, Münst. Beitr. III 1 Nr 85 (v. J. 1278) stellt die Stadt Soest dem Grafen von Arnsberg, der sie mit der Stadtvogtei belehnt, zwölf Bürger als Lehnsempfänger und Lehnsträger, qui eam nomine oppidi de manu nostra suscipient.

[19] Möser, Osnabr. Gesch., Urk. Nr 41 (um 1100).

[20] UB. des Landes ob der Enns III Nr 80 (v. J. 1240). Aehnlich Westf. UB. (Wilmans) III Nr 943.

Rechte gilt der Satz, dass Niemand für einen Andern, z. B. nicht der Geschlechtsvormund für eine kranke Witwe eine Vergabung in gehegtem Dinge vornehmen kann[21].

Dagegen bestand kein Hindernis für Besitzeinweisung und Besitzerwerb durch Stellvertreter, man investierte und liess sich investieren durch seinen nuntius oder servus, weil es sich hier blos um factische Realisation eines schon erworbenen Rechtes handelte[22].

Was sich so bezüglich der Uebertragung von Grundstücken nachweisen lässt, kann wohl als typisch für das bei Abschliessung von Rechtsgeschäften aller Art Geltende erscheinen. Dass Verträge durch Stellvertretung hätten zu Stande kommen, man durch einen Vertreter hätte berechtigt oder verpflichtet werden können, ist schon an sich unwahrscheinlich, wenn man bedenkt, wie peinlich genau das alte Recht auf die persönliche Bethätigung und Wahrung der eigenen Interessen hielt, und es wird dadurch bestätigt, dass noch in der classischen Zeit der Rechtsbücher die Stellvertretung mehr nur ein Provisorium herstellen kann.

Es zeigt sich nämlich seit dem 13. Jahrhundert allerdings eine fortschreitende Ermöglichung und Erleichterung der Stellvertretung vermittelst der Zulassung und der rechtlichen Anerkennung der Vollmacht, wie wir das schon bei der Bevollmächtigung zur Prozessführung gesehen haben, aber anfangs auch hier mit Beschränkung auf den Fall der echten Noth und mit Vorbehalt der persönlichen Nachholung des Geschäftes durch den jetzt Vertretenen. Aus vielen urkundlichen Belegen nehmen wir als Beispiel den Fall der Hist. Frising. II Nr 126, 128—130 und 155: Ein in Gefangenschaft des Königs von Böhmen befindlicher Gozzo von Chrems stellt am 1. Mai 1276 an seinen Sohn Vollmacht aus zu Abschluss eines Verkaufes von Liegenschaften an den Bischof von Freising; dieser Verkauf wird im Juni wirklich von dem Sohne unter Vorweisung der Vollmacht abgeschlossen, immerhin aber müssen Bürgen dafür gestellt werden, dass Gozzo statim cum a vinculis fuerit absolutus contractum venditionis suis sigillatis litteris infra unum mensem proximum ratificet et confirmet, und dies geschieht denn auch Ende October 1277 durch den nunmehr der Bande erledigten Gozzo[23].

---

[21] Böhlau, Aus der Praxis des Magdeburger Schöffenstuhls, in Z f. RG IX 31 Anm 96.

[22] Ungemein viele Beispiele bes. in Hist. Frising., z. B. Nr 369: ein missus des Tradenten investiert, ebenso Nr 401. 403. Der missus, nuntius, servus des Empfängers wird investiert Nr 512. 538. 540. 636. Vgl. Schröder u. Lörsch, Urk. Nr 50. 70.

[23] Aehnlich v. Wyss, Abtei Zürich, UB. Nr 149: cum procuratores mei no-

Im ganzen kann man sagen, dass auf Grund gehöriger Vollmacht seit Ende des 13. Jahrhunderts Stellvertretung keinem Anstande mehr begegnet. Das Magdeburg-Breslauer syst. Schöffenrecht III 2, 120 u. 121 spricht von Geloben einer Schuld zu eines andern Mannes Hand; dieser Ausdruck lässt wohl keinen Zweifel, dass derjenige, zu dessen Hand gelobt war, das Forderungsrecht auch ohne weiteres persönlich verfolgen konnte und nicht auf Geltendmachung desselben durch den Vertreter, der es für ihn erworben hatte, angewiesen war.

§ 48. III. Verträge zu Handen Dritter und Ordrepapiere[1].

Wenn ein starres Rechtsprincip, das ursprünglich in der Natur der Verhältnisse begründet war, im Laufe der Zeit dem aufstrebenden Verkehre unbequem zu werden beginnt, so wird es nicht sofort und unvermittelt preisgegeben, sondern man sucht und findet zunächst genügende Aushilfe in der Verwendung von schon vorhandenen oder zu diesem Zwecke erfundenen Rechtsinstituten, welche das Princip selbst unangetastet lassen, indem sie seiner praktischen Durchführbarkeit freieren Spielraum verschaffen. In unserer Frage bietet schon das ältere deutsche Recht mehrere Auskunftsmittel. Das einfachste derselben war, dass man sich eine Leistung an einen Dritten konnte versprechen lassen, selbst ohne genaue Bezeichnung der Person dieses Dritten: es kam oft vor, dass der Gläubiger den Schuldner versprechen liess, ihm oder seinem Boten zahlen zu wollen[2]. Oder der Veräusserer eines Gutes versprach die Gewährschaft und eventuell die Busse bei Bruch derselben an seinen Käufer oder spätere Erwerber des Gutes. Es ist nun klar, dass auch derjenige, der auf Seiten der Gläubigerschaft den Schuldvertrag abschloss, gar nicht der eigentliche Gläubiger zu sein brauchte, sondern dessen Beauftragter sein konnte und den Auftraggeber dadurch in die Berechtigung hineinbrachte, dass er den Schuldner eben an diesen zu zahlen sich verpflichten liess.

Man darf nicht sagen, dass damit das Stellvertretungsprincip vom Rechte anerkannt worden sei, im Gegentheil liegt gerade darin die

---

mine meo curtim meam vendiderint, me in curia illustris regis Boemie extra provinciam agente, venditionem ratam habeo et pergratam (v. J. 1256). Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1280. Mon. Bo. VIII 152. Vollmacht zu Empfangnahme einer Zahlung UB. Augsb. I Nr 138, zu Geschäftsbesorgung, bes. Güterverkauf Trouillat II Nr 429. 430.

[1] Brunner, Beiträge zur Geschichte und Dogmatik der Werthpapiere, in Z f. HR XXII 90 ff. 518 ff., XXIII 236 ff.

[2] Für dieses und Folgendes Belege bei Brunner a. a. O. XXII 90 ff.

Unterwerfung unter den Grundsatz der Unstatthaftigkeit der Stellvertretung. Denn einmal wird ja eben ausdrücklich der Schuldner in Pflicht genommen, an den Dritten zahlen zu wollen, und ohne dieses bestimmte Versprechen könnte er dem missus die Zahlung weigern; bei freier Stellvertretung dagegen dürfte der Gläubiger auch ohne solches Versprechen jeden Beliebigen zur Eincassierung der Schuld schicken. Sodann handelt der mit dem Schuldner in directe Beziehung Tretende doch immer in eigenem Namen, selbst der die Zahlung in Empfang nehmende missus, es fehlt also gerade das juristische Merkmal der Stellvertretung, das Handeln in fremdem Namen.

In gleichem Sinne und zu gleichem Zwecke sind die Ordre- (Exactions-) und Inhaberpapiere ausgebildet worden. Oder wir sagen vielleicht richtiger, sie sind auch diesem Zwecke mit dienstbar gemacht worden, denn es lässt sich schwerlich behaupten, dass ihr einziger oder auch nur ihr hauptsächlicher Zweck in Ermöglichung der Abschliessung von Rechtsgeschäften und der Begründung von Rechtsverhältnissen für einen Andern bestanden habe, also derart, dass derjenige, welcher das Rechtsgeschäft abschloss, eben nur in fremdem Auftrag handelte und sich das Ordre- oder Inhaberpapier ausstellen liess, um es dann sofort dem Auftraggeber zuzustellen und diesen so zum Berechtigten zu machen. So viel wir sehen, ist dieser Gedanke der ältesten Zeit fremd, die das Rechtsgeschäft vollziehenden Personen sind die direct Betheiligten selbst, und ein wesentlicher Zweck, den man bei Ausstellung von Ordre- und Inhaberpapieren im Auge hatte, war die Ermöglichung der Uebertragung des Anspruchs auf einen Dritten ohne Mitwirkung der Gegenpartei. Aber damit hängt doch eng zusammen die Ermöglichung der gerichtlichen oder aussergerichtlichen Geltendmachung des verbrieften Rechtes durch einen Dritten, durch einen Vertreter. Indem das Recht auf die Person des N. N. oder desjenigen, welcher den Brief mit seinem Willen innehat, oder des Inhabers schlechtweg gestellt wurde, gewann der Berechtigte die Möglichkeit, einen Dritten für sich handeln zu lassen in allem, was zur Ausübung dieses Rechtes erforderlich war. Blieb hiebei meistens das Princip der Unstatthaftigkeit der Stellvertretung noch gewahrt, indem der Vertreter in eigenem Namen auftrat, so fand sich doch auch Anlass zu einer bestimmteren Annäherung an das Stellvertretungsprincip.

Die Urkunden nämlich, um die es sich hier handelt, werden dem eben bezeichneten Zwecke dienstbar durch Einfügung einer Clausel, welche von vorneherein die Geltendmachung des verbrieften Rechtes

durch einen Dritten in Aussicht nimmt, und welche in vierfacher Form vorkommt:

1. Fränkisch: tibi aut cui hoc scriptum dederis ad exigendum; deutsch: N. N. oder wer diesen Brief mit seinem Willen inne hat.

2. Fränkisch: tibi aut cui hoc scriptum vice tua in manu paruerit; deutsch: N. N. oder wer diesen Brief (mit seinem Willen) von seinetwegen inne hat.

3. Fränkisch: tibi aut cui hoc scriptum in manu paruerit; deutsch: N. N. oder wer diesen Brief inne hat.

4. Fränkisch: ad hominem, apud quem hoc scriptum in manu paruerit; deutsch: der Inhaber, der Vorweiser dieses Briefes.

Brunner, der diese Unterscheidungen zuerst nach ihrem juristischen Werthe festgestellt hat[3], nennt sie 1) Exactions- oder Ordreclausel, 2) Stellvertretungsclausel, 3) alternative Inhaberclausel und 4) reine Inhaberclausel.

Von diesen Clauseln nun gerathen drei, nämlich 1, 3 und 4, in keinerlei Conflict mit dem Grundsatze der Unzulässigkeit der Stellvertretung, denn sie setzen den Inhaber des Briefes in die Lage, das verbriefte Recht in eigenem Namen geltend zu machen, er ist durch den Aussteller des Briefes von vorneherein als der Berechtigte anerkannt, allerdings im Falle von 1 nur unter der Voraussetzung des Nachweises der Begebung des Briefes von Seiten des als ursprünglichen Berechtigten darin Genannten, aber das ändert an unserer Frage nichts, weil er nach aussen, gegenüber der Gegenpartei, als einzig Berechtigter in Betracht kommt, mag im übrigen sein Verhältnis zum früheren Inhaber des Briefes das eines Cessionars oder das eines Vertreters sein.

Der dritte Inhaber eines Briefes mit Ordreclausel musste also bei dessen Geltendmachung den Nachweis leisten, dass er ihn mit dem guten Willen des in ihm genannten Primitivnehmers inne habe. Urkundenbeweis war hiefür nur dann nothwendig, wenn die Clausel selbst es zum voraus vorgeschrieben hatte, etwa: wer dann den brief mit irem willen und willbrief innehat, der mag solichs erfordern[4]. Nach dem eben Gesagten war ein solcher Willebrief nicht blosse Bevollmächtigung zur Stellvertretung, sondern Legitimation des Inhabers zur Geltendmachung des Rechtes in eigenem Namen. Später freilich, als die Stellvertretung vermittelst Vollmachten in das Recht eingeführt wurde, zeigen auch die Willebriefe öfter den Charakter von blossen

---

[3] Vgl. besonders Brunner a. a. O. XXII 105 ff. 517 f., XXIII 227 ff.

[4] Siehe Brunner a. a. O. XXIII 250.

Vertretungsbevollmächtigungen, wie in der von Brunner XXIII 253 angeführten bairischen Urkunde von 1438.

Die ältere Zeit dagegen eröffnete die Möglichkeit der Geltendmachung eines Briefes durch einen Stellvertreter, welcher wirklich auch der Gegenpartei gegenüber als in fremdem Namen handelnd auftrat, nur auf dem Wege, dass die Stellvertretungsclausel von vorneherein in den Brief aufgenommen wurde. Und zwar wurde dies auch blos zugelassen in solchen Fällen, wo das Rechtsverhältnis der Art war, dass der Primitivnehmer des Briefes schlechterdings einzig als Berechtigter erscheinen konnte, eine Cession durch die Natur der Sache selbst als im Widerspruche mit der Absicht des Rechtsgeschäftes liegend ausgeschlossen war[5]. Dass sich gerade in Schuldurkunden keine Verwendung der Stellvertretungsclausel findet, dürfte auch mit als Beweis dafür anzusehen sein, wie wenig Neigung für Zulassung der Stellvertretung vorhanden war. Zwar möchte man sagen, dass, wenn man vermittelst der Exactionsclausel eine über die Stellvertretung noch weit hinausgehende, zu gänzlicher Uebertragung des Anspruchs fortschreitende Erleichterung des Verkehres gern und in reichlichem Maasse gewährte, man sich um so weniger hätte scheuen sollen, das Mindere auch zu gestatten. Aber in dieser Weise bot sich die Sache nicht der Betrachtung dar, man fasste nicht Bevollmächtigung zur Stellvertretung als das minus, Cession als das plus einer und derselben Manipulation, also als gleichartige, aber verschiedene Stärkegrade enthaltende Vorgänge auf, sondern als innere Gegensätze bezüglich des Princips, dass Jeder sein Recht selbst zu vertreten habe. Dieses Princip wurde durch die Exactionsclausel nicht verletzt, wohl aber durch die Stellvertretungsclausel, und darum mochte man ihr anfangs weniger Neigung zuwenden.

Wollte man nun aber gar aus dem ja allerdings schon früh nachweisbaren Vorkommen der Stellvertretungsclausel den Schluss ziehen, dass aussergerichtliche Stellvertretung überhaupt schon in ältester Zeit statthaft und vom Rechte anerkannt gewesen sei, so würde dabei doch übersehen, wie eigenthümlich beschränkt die Stellvertretungsmöglichkeit durch solche Briefe zugelassen ist, und was für ein weiter Schritt zu völliger Anerkennung unbedingter Statthaftigkeit der Stellvertretung noch zu thun blieb. Man mochte sich immerhin dazu bequemen, eine Vertretung für Geltendmachung eines Anspruchs zuzulassen, wenn sie von Anfang an bei Eingehung des Rechtsverhältnisses von den Parteien selbst in Aussicht genommen

[5] Brunner a. a. O. XXII 113 u. 118.

und vereinbart war; aber deswegen sofort auch jedem Inhaber eines Rechts, jedem Gläubiger ohne Ausnahme die Bestellung eines Vertreters, selbst schon bei Abschluss des Geschäfts, zuzulassen, brauchte nicht die Meinung zu sein. Ja gerade die Stellvertretungsclausel für sich allein beweist schon, dass das Recht eine Vertretungsbefugnis nicht kannte; denn hätte es sie gekannt, wozu wäre ihre besondere Einräumung noch erforderlich gewesen? Gerade wie die Exactionsclausel ein Beleg für die Unstatthaftigkeit der Cession im alten Rechte ist, ebenso müssen wir aus der Stellvertretungsclausel auf die Unmöglichkeit der Stellvertretung im alten Rechte schliessen.

§ 49. IV. Die Salmannen[1].

Salmann heisst der die Tradition, d. h. die Sale eines Gutes durch den Eigenthümer an den Destinatär vermittelnde und ausführende Zwischenmann. Wir begegnen ihm zuerst auf einem Gebiete, wo von Stellvertretung im eigentlichen Sinne nicht kann geredet werden, nämlich behufs der Ermöglichung von Zuwendungen auf den Todesfall, wo also eine Tradition erst nach dem Tode des Eigenthümers zum Vollzug gelangen sollte; erst in zweiter Linie, aber allerdings früh genug, ist die Verwendung der Salmannen auch bei Uebertragungen, deren sofortiger Vollzug beabsichtigt war, zugelassen worden.

Das älteste Zeugnis ist der tit. 46 der lex Salica de affatimire: wer sich mangels von erbberechtigten Verwandten einen Erben schaffen will, legt sein Vermögen durch gerichtlichen Festukawurf in das Vertrauen und die Gewalt eines Mittelsmannes. Zum Zeichen dieser Gewalt bezieht der Vertrauensmann (von welchem es heisst: de facultatem quantum ei creditum est in potestatem suam habere debet) das Haus des Erblassers und giebt innerhalb Jahresfrist nach dessen Tode das Vermögen an den ihm bezeichneten Erben heraus[2]. Hier ist für

[1] Stobbe, Ueber die Salmannen, in Z f. RG VII 405 ff.

[2] Anders Stobbe a. a. O. S 408. Er bestreitet die Natur des Geschäftes als einer Vergabung von Todes wegen, gestützt darauf, dass der Mittelsmann das Vermögen ante XII menses herausgeben soll, was Stobbe absolut (12 Monate von dem Festukawurf an, ohne Rücksicht darauf, ob der Erblasser noch lebt oder nicht) versteht. Ist an sich schon bei dieser Auffassung der Sinn des ganzen Geschäftes schwer verständlich, so erblicke ich noch ein directes Indiz gegen sie in dem Fortgange des tit. 46, wo beschrieben ist, wie bei späterem Widerspruch (nicht etwa des Erblassers, sondern eines beliebigen aliquis) gegen die Vergabung der Beweis derselben soll geführt werden. Diese Beweisführung steht aber unter der Voraussetzung, dass der Vergabende todt ist; lebte er noch, so wäre einfacher durch Berufung auf ihn selbst zu helfen.

uns das Wichtigste der Wurf der festuca (fistucam in laisum jactare): er figuriert nicht in der Function der specifischen Auflassung (resignatio) späterer Zeit, d. h. des völligen und definitiven Verzichtes auf jeglichen Anspruch am Gute, denn der Erblasser bleibt in dem Gute und dessen Gewere und Nutzung und behält wohl auch das Widerrufsrecht gegenüber dem Vertrauensmann; die rechtliche Bedeutung dieses Formalaktes scheint vielmehr dieselbe zu sein wie bei der laisiwerpitio behufs der commendatio causae zur Prozessführung (oben § 47): hier speciell Begründung einer fiduciarischen Gewalt über das Vermögen zu der auftragsgemässen Verfügung nach aussen.

In gleichem Sinne ist die durch einen Sterbenden behufs Vertheilung seines Vermögens an kirchliche Anstalten erfolgende Ernennung eines Vertrauensmannes per meos vuadros andelangosve[3] zu verstehen, welchem hinwiederum im bairischen Rechte das per wadium vollzogene Niederlegen der Vergabung in treue Hand, das commendare per wadium[4] entspricht, denn wadium ist im bairischen Sprachgebrauche die Bezeichnung für festuca.

Allerdings tritt bei der Affatomie, dem per wadium commendare, sofort das sachenrechtliche Moment der traditio, das der commendatio causae zur Prozessführung fehlt, wirksam hervor. Schon die laesiwerpitio in der Formel Marc. I 13 (Rozière Nr 216) nähert sich der Form sofortiger Eigenthumsübertragung mit Niessbrauchsvorbehalt. In der Folge werden alle diese Uebergaben von Gut in treue Hand zu bestimmungsgemässer Verfügung auf den Todesfall traditiones genannt und der Festukawurf verschwindet.

So gleich in den urkundlich ungemein zahlreich belegten Fällen, wo Jemand, der ins Feld zu ziehen oder eine weite Wallfahrt zu unternehmen sich anschickte, eine Kirche mit einem Gute bedenken und es ihr auf den Fall, dass er unterwegs umkomme, zu Eigen übertragen wissen wollte: er übergab das Gut einem Mittelsmann unter der Auflage, dass derselbe bei Eintritt des Todesfalles das Gut an die Kirche tradieren, dagegen im Falle seiner (des Disponenten) Rückkehr es wieder zurückstellen solle[5]. Hieran reihen sich die Fälle, wo ein auf den Tod Kranker unter dem Vorbehalte des Rück-

[3] Cart. Senon. 50 (Zeumer) = Rozière Nr 391.

[4] Z. B. Hist. Frising. Nr 308: vocavi ad me proximos et vicinos meos, et in manus illorum dictam rem meam per wadium posui, si in ipsa infirmitate defunctus fuissem ut ipsi perfecissent traditionem. Nr 366: traditionem in manus per wadium Deotmari nepoti suo commendavit. Nr 402. 412 und sonst öfter.

[5] Beispiele Hist. Frising. Nr 342. 357. 398. 492. Cod. Lauresh. I Nr 257. UB. St. Gallen Nr 325. 342. 408. 441. 496. 605. MR. UB. I Nr 53.

empfanges des Gutes bei Genesung eine solche Zuwendung auf dem Krankenlager in die Hand eines Anwesenden niederlegte[6]. Und in gleicher Weise verfährt man nun auch, wo keine Vergabung auf den Todesfall vorliegt, sondern die Absicht auf sofortige Zuwendung und Uebergabe an den Destinatär gerichtet ist, aber irgend ein Hindernis auf Seite des Erwerbers oder des Veräusserers dem directen Abschlusse des Geschäftes durch die Parteien selbst entgegensteht. Der Tradent legt das Gut in getreue Hand des Drittmanns, ohne Vorbehalt, behufs sofortiger oder bei erster Gelegenheit auszuführender Uebergabe an den Bedachten[7]. So bei bedingungslosen Vergabungen auf Krankenbett, so namentlich bei Veräusserungen an kirchliche Anstalten ohne Vorbehalt, wenn die Reliquien des Heiligen nicht bei der Hand waren und die Uebergabe daher nicht sofort vollziehbar war. So sahen wir oben S 208 f., wie der Herzog von Schwaben als Mittelsmann die Tradition an die Probstei Bürglen in Empfang nahm, weil die Reliquien des heil. Johannes fehlten; gleicher Grund wird obgewaltet haben in den Fällen, für die Stobbe S 411 f. nach der Erklärung sucht, warum die Weitläuftigkeit des Mittelsmannes angewendet worden, da doch Veräusserer und Erwerber in demselben Gerichte gleichzeitig zugegen gewesen seien; letzteres war eben nicht der Fall, wenn blos der Abt von Fulda, nicht aber die Reliquien des heil. Bonifatius anwesend waren.

In diesen sämmtlichen Anwendungsfällen finden wir von den Quellen der fränkischen Periode den Ausdruck Salmann noch nicht gebraucht, aber dem Wesen nach haben wir hier schon das später mit diesem Namen bezeichnete Rechtsinstitut. Wir haben nun seine rechtliche Natur näher zu prüfen.

Zwei entgegengesetzte Auffassungen scheinen auf den ersten Blick in den Quellen Anhaltspunkte zu finden: die eine, dass der Tradent den Salmann formell zum Eigenthümer des Gutes habe machen, ihm das volle Recht am Gute habe übertragen müssen, damit dieser wiederum in eigenem Namen das Eigenthum an den Destinatär hätte abgeben können; die andere, dass in der Tradition an den Salmann nur die Bevollmächtigung liege, kraft welcher derselbe als reiner Vertreter in fremdem Namen dann die Tradition vollziehe. Nach der ersteren Auffassung wären also die Handlung des Tradenten und die spätere des Mittelsmannes juristisch identisch, nämlich Eigenthums-

[6] Z. B. Hist. Frising. Nr 287. 300. 388.

[7] So Hist. Frising. Nr 224. 321. C. d. Fuld. Nr 220 u. 221. UB. St. Gallen Nr 542. UB. des Landes ob der Enns I 662 Nr 125. Wirtemberg. UB. II Nr 355.

übertragung; nach der letzteren würden rechtlich verschiedene Vorgänge anzunehmen sein, zwischen Tradenten und Salmann Auftrag mit Vollmacht, zwischen Salmann und Destinatär Eigenthumsübertragung. Die erstere Ansicht fände ihre Erklärung in der Annahme absoluter Unmöglichkeit einer Vertretung, die letztere gegentheils in der unbedingten Statthaftigkeit freier Stellvertretung. Für die erstere Meinung beruft man sich etwa darauf, dass der Akt des Vergabenden als traditio legitime peracta bezeichnet werde, für die letztere auf Stellen, welche ausdrücklich sagen, der Salmann solle das Gut vice illius, vice sua, pro se, vicem complens ipsius u. dgl. an den Destinatär übergeben[8]. Nach der ersteren Ansicht bewegt sich das Verhältnis zwischen Tradenten und Salmann auf rein sachenrechtlichem Gebiete (Eigenthumsübertragung), nach der letzteren ist es ein obligationenrechtliches (Mandat). Das Richtige scheint nun aber in der Mitte zwischen beiden zu liegen.

Von förmlicher Eigenthumsübertragung an den Salmann ist jedenfalls bei den Vergabungen ganzer Vermögen durch Affatomie, aber auch bei den Traditionen einzelner Grundstücke keine Rede. Vorab beruht es auf einem Missverständnisse des Ausdruckes „Auflassung", wenn regelmässig behauptet wird, dass von Seiten des Tradenten eine Auflassung des Gutes an den Mittelsmann sei vollzogen worden. Mit Auflassung wäre allerdings völliges Preisgeben des Eigenthums an den Salmann nothwendig verbunden gewesen. Wir werden später bei der Darstellung der Grundeigenthumsübertragung sehen, dass Auflassung (resignatio), von der traditio begrifflich verschieden, ihrem juristischen Werthe nach den völligen Verzicht des Auflassenden auf alle Ansprüche am Gute enthält. Gerade einen solchen Verzicht gab aber der Eigenthümer zu Gunsten des Salmannes nicht ab, vorab in jenen zahlreichen Beispielen nicht, wo er sich ausdrücklich Rückempfang des Gutes auf den Fall seiner Rückkehr aus dem Feldzuge oder von der Wallfahrt vorbehielt. Wer auflässt, dem ist das Gut unwiederbringlich verloren, wenn es ihm der Erwerber nicht gutwillig zurückgiebt. So mit gebundenen Händen sich dem guten Willen des Salmannes zu unterwerfen, war aber keineswegs die Absicht des Eigenthümers, wenn es auch etwa heisst: salmannorum fidem in hoc contractu secutus est[9]; wir lesen nicht, dass er dem Salmanne tradiert und resigniert habe, sondern blos, dass er tradiert habe.

---

[8] So Hist. Frising. Nr 300. MR. UB. I Nr 102. UB. St. Gallen Nr 472. UB. des Landes ob der Enns I 367 Nr 148.

[9] Mon. Bo. XXXVII Nr 126.

Ebenso wenig wie Auflassung hat der Regel nach Investitur, d. h. Besitzeinweisung des Salmannes stattgefunden[10]. Gerade in jenen Fällen bedingter, von der Rückkehr aus der Fremde, von der Genesung abhängig gemachter Vergabung ist sie am wenigsten denkbar, denn die Folge der Investitur war, dass das Gut in die Gewere und also in die Nutzung des Investierten überging; der Tradent hat aber sicher während seiner Abwesenheit sich des Bezuges der Nutzungen aus seinem Gute nicht berauben wollen und also die Gewere behalten. Dass, wenn eine sofortige Ausführung der Vergabung durch den Mittelsmann ins Auge gefasst war, zur Seltenheit eine Investitur an denselben erfolgen mochte, ist möglich, gehörte aber nicht zu dem Bestande des Rechtsgeschäftes. So berichtet eine Urkunde von 810[11], der Graf Eckbert habe seinem Vasallen Deotpert als Mittelsmann die zu vergabenden Güter tradiert mit gleichzeitiger Besitzeinweisung (tradidi atque vestivi) behufs sofortiger Tradition und Revestitur an den Bischof zu Handen des Klosters Schwarzach. Es kann aber kaum bezweifelt werden, dass ohne Vestitur dieselbe Wirkung wäre erzielt worden.

Also weder Auflassung noch Investitur, sondern nur traditio gehört zum Wesen des zwischen Eigenthümer und Salmann sich vollziehenden Aktes. Traditio aber ist Uebertragung eines Gutes in die Gewalt und Herrschaft des Erwerbers in dem dabei vereinbarten Umfange, also bald zu Eigenthum (in Verbindung mit Auflassung), bald zu Leibzucht, bald zu Satzungsrecht u. s. w. Traditio oder Sale ist nicht Eigenthumsübertragung, sondern allgemein Uebertragung in andere Herrschaft zu dem jeweilen festgesetzten Rechte. An sich ist es daher ein Ausdruck, der das dadurch übertragene Recht nicht angiebt, sondern hiefür die Zusätze erhalten muss: tradere in proprietatem, tradere usufructuario jure pro tempore vitae habendum u. s. w. Diese Unbestimmtheit des Ausdrucks hat auch bisweilen sonderbare Umschreibungen des Wortes Sale veranlasst, wenn dasselbe etwa irrthümlicher Weise für das durch die Tradition erlangte Recht gebraucht wurde. Wie sollte dann Sala definiert, als was für ein Recht sollte es bezeichnet werden? Wo aus der traditio Eigenthum hervorging, übersetzte man in solchem Falle Sala durch proprietas[12]. Aber wie vorsichtig, ja wie zaghaft umschreibt man das Wort, wenn es sich um

---

[10] Daher UB. St. Gallen Nr 472: tradimus quicquid visus fuit habere, sicut vestitus fuit nobisque potestatem dedit pro se omnia tradere.

[11] Cod. dipl. episc. Ratisbon. (Ried) I Nr 15.

[12] So NR. UB. I Nr 554: allodiorum proprietatem, que vulgo sale dicitur.

eine Sale an den Salmann handelt, etwa: Comes H. de Seyne advocatus suscepit illud quod vulgo dicitur sale et susceptum resignavit in manus nostras[13]. Oder gar: hubas in manus nostras tradidit sive tradi mandavit quodam jure speciali ac consuetudinario quod sale vulgariter appellatur[14]. Es ist also keine traditio jure proprietario, welche der Tradent an den Salmann vollzieht, die Sale, die der letztere erwirbt, keine proprietas, sondern ein jus de dando et contradendo cenobio quod vulgariter sale vocant[15] oder, um nun den eigentlich technischen Namen zu nennen, eine traditio oder delegatio (was im bairischen Sprachgebrauche mit traditio identisch ist) in manum fidelitatis. Der Mittelsmann erhält das Gut zu getreuer Hand, in fidem ei committitur, in fidei suae manum, in fidelem manum traditur, delegatur[16], und er heisst davon selbst Treuhänder, manufidelis, fideicommissarius[17]. Das will nicht sagen: eine Person, deren Gewissenhaftigkeit, aber damit auch deren Willkür der Tradent nun auf Gnade und Ungnade verfallen ist, sondern eine Person, deren Gewalt über die Sache von vorneherein im Sinne einer solchen Vertrauensstellung rechtlich normiert ist.

Das dadurch entstehende Rechtsverhältnis zwischen Tradenten und Salmann fusst nun aber auf sachen- und auf obligationenrechtlichem Boden. Sachenrechtlich ist die Tradition des Eigenthümers an den Salmann, denn sie erzeugt immer eine Herrschaft über das Gut und damit ein dingliches Recht. Dieses Recht des Salmanns steht dem des Vormunds am Mündelgute gleich, ist somit gemäss der Darstellung in § 80 ein dingliches. Der Salmann ist selber nur eine Art Vormund, denn die traditio an ihn ist nur die abgeschliffene Form des per wadium commendare, und dieses ist identisch mit der causae commendatio per festucam, worin ursprünglich die Ernennung zum Muntboro, Gewalthaber, Vormund enthalten war (§ 47). So wird der Salmann zum Vormund über das Gut gemacht, das ist der Sinn des Treuhänderrechtes, und er erhält damit die Befugnis, das Gut in dem für die definitive Vergabung an den Destinatär bestimmten Zeitpunkte behufs deren Ausführung in seine Gewere zu ziehen. Und wenn der Tradent selbst in Abwesenheit des Salmannes später die Vergabung an den Destinatär

---

[13] NR. UB. I Nr 558.

[14] Mon. Bo. XXIX 2 S 281. Weitere Stellen bei Merkel in Z f. RG II 149 Anm 148 und Stobbe a. a. O. S 414 Anm 15 u. 16.

[15] So bei Gudenus, C. d. I Nr 25 b.

[16] So etwa C. d. Fuld. Nr 581. 613. 675. Chron. Burgl. oben S 209. UB. des Landes ob der Enns I 291 Nr 23. Stobbe a. a. O. öfter, bes. S 432 f.

[17] Dieses bes. in Wirzburg; s. Mon. Bo. XXXVII Nr 107. 119. 121. 159 u. s. f.

direct vollzog, so war diese Uebergabe unvollkommen und musste noch durch die Hand des Vormundes (Salmannes) hindurch bestärkt werden, weil ihm doch die Vergabung war anheimgestellt worden [18].

Obligationenrechtlich dagegen ist die sponsio oder fides des Salmannes an den Tradenten. Der letztere, sagten wir, überantwortet sein Gut nicht der Willkür des Salmannes, sondern er lässt ihn ein Versprechen ablegen, damit nur nach Maassgabe des ihm ertheilten Auftrages verfahren zu wollen. Dieses Versprechen ist kein formloses, sondern in die streng verpflichtende fides facta gekleidet, und daher heisst der Salmann fidelis manus. Mit Ausführung des Auftrages wird auch diese Verpflichtung erfüllt. Im Cod. Fuld. Nr 517 erklärt der Salmann juxta fidem sponsionis nostre das Gut zu übergeben, und in der Hist. Frising. Nr 1345 heisst es: Comes fidem suam absolvit, delegans adolescentem sicut in manum eius legatus fuerat. Wo der Tradent sich noch den Widerruf oder den Rückfall des Gutes bei glücklichem Ausgange des Feldzuges und dgl. vorbehalten hatte, ging die fides des Salmannes ausserdem wohl auch noch auf Resignation des durch die traditio erlangten dinglichen Rechtes zu Handen des Tradenten [19]. So waren nach allen Seiten Recht und Pflicht des Salmannes bezüglich seiner Vertretung des Gutes und der Verfügung darüber durch den Umfang der traditio und der fides sponsionis festgestellt.

Der Salmann vollzog die Uebergabe an den Destinatär durch Auflassung, d. h. resignatio des Gutes an diesen letzteren [20], so gut wie er bei Rückgabe an den Tradenten resignieren musste. Eine Auflassung des bisherigen Eigenthümers fand keinen Raum und war auch nicht nöthig. Denn gegenüber dem Salmann hatte er nicht resigniert und hatte daher das Recht gewahrt, das Gut selbst bei einem Dritten, dem es der Salmann auftragswidrig übertragen hatte, zu vindicieren; gegenüber dem Destinatär aber kam es zu keiner Auflassung, weil er mit diesem gar nicht in directen Verkehr trat. Hätte er aber ihm gegenüber auf Grund der nie abgegebenen resignatio das Gut zu vindicieren gesucht, so stellte ihm der Destinatär den Salmann als seinen Gewährsmann und dieser schlug ihn auf Grund der traditio ad fidelem manum aus dem Felde. Dass bisweilen dennoch

[18] Hist. Frising. Nr 492.

[19] Wie es Cod. Laursh. I Nr 257 heisst: ut si non rediero, rem meam traderet ad S. Nazarium, si vero reverterer, resignaret mihi traditionem meam. Vgl. auch Mon. Bo. VIII 448: sibi servandum quamdiu viveret.

[20] So NR. UB. I Nr 328: iuxta quod agendum susceperant, votum cognati sui fideliter persolventes curtem ad altare legitima festucatione tradiderunt.

(die Beispiele sind selten genug)[21] der Tradent nachträglich selber noch die Tradition mit Auflassung wiederholte, geschah dann wirklich nur ad majorem cautelam zu voller Beruhigung des Empfängers oder hatte seinen Grund und Anlass darin, dass noch eine Resignation der Erben nachzuholen war, mit der dann der Vergabende selber seinen eigenen Verzicht noch verband. Gewöhnlich gaben die Erben aber ihren Verzicht schon gelegentlich der Tradition an den Salmann ab.

Mit dem bisher besprochenen Hauptzwecke der Treuhänderschaft konnte auch der Nebenzweck der Verbürgung der Vergabung durch den Salmann verbunden werden, um so leichter, als der Salmann für den Destinatär der Gewährsmann des Gutes war. Als Gewährsmann konnte er allerdings mit Erfolg nur gegen den Tradenten selbst dienen, als Bürge garantierte er die Vergabung auch gegen Angriffe Dritter. Als reiner Salmann machte er sich dem Destinatär für die Rechtsbeständigkeit der Auflassung nur verantwortlich gegenüber dem Vergabenden selbst; gegenüber Dritten nicht, weil er keinen Anlass hatte, die Berechtigung des Tradenten zu Verfügung über das Gut zu prüfen und zu ermitteln. Mit der Bürgschaft wurde auch d i e s e Garantie übernommen, der Salmann wurde Salbürge, saleburgio. Oder wir sagen vielleicht der Sachlage entsprechender: die Bürgschaft wurde zugleich in die Form der Treuhänderschaft gekleidet, der Bürge wurde auch als Salmann bestellt[22].

Ausschliesslich dem Zwecke der Gewährschaft dienstbar gemacht ist das Salmann-Institut in dem vorzugsweise bairischen Gebrauche, für eine Liegenschaft einen ständigen Salmann zu haben, durch den alle Veräusserungen und Traditionen mussten vollzogen werden. Das gewährte die Sicherheit, dass kein Unberechtigter über ein solches Gut verfügte; der Salmann wusste, wer dazu befugt sei, und gab sich einem Andern nicht zur Vollziehung der Tradition her: er war das lebendige Grundbuch dieses Gutes. Es kann übrigens ein solcher ständiger Salmann auch von alten Herrschafts- und Vogteiverhältnissen herrühren, zumal wo es der Herzog von Baiern selbst oder sonst ein angesehener Herr, ein Graf u. s. w. ist, daher die salmännischen Eigen den absolut freien Eigen entgegengesetzt sind[23].

---

[21] So UB. des Landes ob der Enns I 603 Anm 267.

[22] Daher fidejussores quos vulgo saleburgiones vocamus in MR. UB. I Nr 206. 210. 212. 245. 268. 272. In den Traditionen von Weihenstephan, Mon. Bo. IX, meist fidejussor für Salmann.

[23] Ich darf die Sache hier nicht weiter verfolgen; blos ein paar Hauptstellen seien citiert: Urk. von 1333 (von Braunschweig) und 1207 (Baiern) bei B e s e l e r, Erbverträge I 272. Urk. von 1274 bei H e u m a n n, Opuscula S 301. Mon. Bo. IV

Das Salmann-Institut ist schliesslich auch verwendet worden, um für eine Liegenschaft einen den gesetzlichen Erfordernissen genügenden Vertreter zu erhalten, wenn in der Person des wirklichen Eigenthümers ein Anstand zu besorgen war. So mussten nach vielen Stadtrechten[24] Fremde, wenn sie in der Stadt Liegenschaften erwarben, hiefür einen Salmann stellen, an den sich der Rath für die städtischen Steuern u. dgl. hielt; gerade wie ein Auswärtiger, der in einem grundherrlichen Hofe ein Gut erwarb, dafür einen Trager bestellen musste, welcher die Hoflasten trug und entrichtete[25]. Es ist recht naiv, wenn man sagt, der Salmann einer städtischen Liegenschaft habe dazu gedient, das Verbot der Liegenschaftsveräusserung an Auswärtige zu umgehen; denn das Stadtrecht selber hat dieses Mittel an die Hand gegeben, und es liefe somit alles auf den blödesten Selbstbetrug hinaus.

Drittes Kapitel.

Mehrheit physischer Personen.

(Gemeinderschaft und gesammte Hand.)

§ 50. I. Princip der gesammten Hand.

Nicht blos ein einzelner Mensch, auch eine Mehrheit von Menschen kann Träger von Vermögensrechten sein. Das Recht schafft

441: liberum predium, non habens salmannum. Mon. Bo. V 25 Nr 21: hubam, quam ex hereditate paterna possedit in proprium, vendidit et per manum nostram sive delegatoris, qui vulgo salman dicitur, cum se nesciret habere alium, ut probavit legitime, tradidit libere in proprium possidendum.

[24] Beispiele von Lübeck und Hamburg bei Stobbe a. a. O. S 433. Für Konstanz vgl. Mone, Z f. Gesch. des Oberrheins IV 424: Verkauf eines Hauses an einen Fremden adhibita omni solemnitate, que per viros qui vulgariter salliute dicuntur fieri solet, cum moris sit proprietatem possessionum in Constantia sitarum per alios homines civium conditionem non habentes sine viris ad hoc deputatis possideri non posse.

[25] Hieran reihen sich auch Fälle wie Mon. Bo. VIII 451: Chunradus de Phaffenhoven vendidit predium suum fratribus in Scheftlare. Qui cum esset famulus alterius ecclesie, ad predictam ecclesiam propria manu non potuit transducere. Qua de causa delegavit in manus comministerialis sui D. ut predicte conservaret ecclesie. — Henneberg. UB. I Nr 24: quia H. (Verkäufer) pertinet ecclesie Fuldensi, datum est predium in manus salemannorum.

für diesen letzteren Fall sehr verschiedene Vereinigungsformen, je nach den praktischen Bedürfnissen, den Aufgaben und den Zielen, welche durch die Verbindung Mehrerer sollen erreicht werden. Wo die Zwecke der Vereinigung sich gegenüber den vergänglichen Interessen und dem veränderlichen Willen der momentan Betheiligten unabhängig und selbständig gestalten, da hört auch das jenen Aufgaben dienstbar gemachte Vermögen auf, der Theilbarkeit oder der quotenweisen Disposition der Theilhaber zu unterliegen, und das Recht hat aus der Gesammtheit der Betheiligten selbst wieder ein neues Rechtssubject gebildet, die juristische Person. Wo dagegen Aufgabe und Ziel der Gemeinschaft nicht von den Einzelinteressen und dem Einzelwillen der momentan Betheiligten losgelöst ist, da gehört auch das für diese Aufgabe in Anspruch genommene und verwendbar gemachte Vermögen immer noch den Theilhabern nach Quotenrecht und sie persönlich bleiben die Rechtssubjecte und die Träger des Vermögens zu getheiltem Rechte.

Es fragt sich nun, ob diese zwei Vereinigungsformen — wir wollen sie Gemeinschaft und juristische Person nennen — die einzig denkbaren, logisch zulässigen, juristischer Construction fähigen Formen sind, oder ob nicht etwa durch eine Combination der beiderseitigen Elemente eine Mittelform könne erzeugt werden, die doch wieder ein besonderes Vereinigungsprincip zum Ausdruck bringe und als Rechtsinstitut darstellbar sei. Im deutschen Rechte begegnet uns eine Gemeinschaftsform, welcher vielfach ein solcher eigenartiger Charakter zugeschrieben wird, während ihr von anderer Seite entweder überhaupt jeder specifisch juristische Inhalt und Werth abgesprochen oder höchstens die Bedeutung einer den juristischen Begriff weiter nicht afficierenden Modification der einen oder der andern Vereinigungsform zugestanden wird: es ist die Gemeinderschaft zu gesammter Hand, communis oder communicata manus.

Wir begegnen der gesammten Hand im Sachen- und im Obligationenrechte: eine Mehrheit von Personen steht in einem sachenrechtlichen Gesammthandverhältnisse, z. B. bezüglich des Eigenthums an einer Sache, für welches Verhältnis die neuere Rechtssprache den Ausdruck Gesammteigenthum braucht, oder in Bezug auf ein Lehn in Folge Gesammtbelehnung. Oder die Vereinigung zu gesammter Hand hat sich auf dem obligationenrechtlichen Gebiet vollzogen, mehrere Schuldner haben sich zu gesammter Hand verpflichtet, mehrere Gläubiger sind zu gesammter Hand forderungsberechtigt. In der Regel werden daher die Gesammthandverhältnisse an den geeigneten Orten des Sachen- und des Obligationenrechtes, unter der Rubrik Gesammt-

eigenthum und Gesammtverbindlichkeit, behandelt, und dann auch die Beziehungen der Gesammthänder unter sich und gegen einander rein nach diesen sachen- und obligationenrechtlichen Gesichtspunkten construiert. Das ist formell juristisch ganz correct: so gut wie das gemeine Recht die Theilhaberschaft Mehrerer an einer Sache unter der Lehre vom Miteigenthum, die Betheiligung Mehrerer an einer Obligation unter der Lehre von der Correalobligation u. s. f. abhandelt. Wenn ich trotzdem die Gesammthandverhältnisse hier, im Personenrechte, der Erörterung unterziehe, so ist der Grund dafür schon mit der eben formulierten Fragestellung gegeben: der rechtliche Charakter der Gemeinderschaft ist zu untersuchen, es ist zu prüfen, ob sie einfache Gemeinschaft, ob juristische Person, ob ein Mittelding zwischen beiden sei. Besonders aber veranlasst mich dazu der Wunsch, für die Behandlung der juristischen Personen und der im deutschen Rechte ausgebildeten Hauptform derselben, der Genossenschaft, sofort hier schon freies Feld zu schaffen. Die heutige Litteratur des deutschen Rechtes leidet viel zu sehr an Verschwommenheit der Begriffe Gesammthand und Genossenschaft und Vermengung derselben, die doch einander geradezu ausschliessen, als dass es nicht geboten wäre, durch vorgängige Feststellung des Gesammthand- und Gemeinderschaftsbegriffes die Abgrenzung gegen den Begriff der juristischen Person und den Gegensatz von Gemeinderschaft und Genossenschaft zur Erscheinung zu bringen. Steht erst Begriff und Wesen der Gemeinderschaft fest, so ergiebt sich der Charakter der Genossenschaft als einer juristischen Person beinahe von selbst.

Es wird freilich vielfach behauptet, der Begriff Gesammthand sei überhaupt kein bestimmter Rechtsbegriff, er bekunde nur die rein äusserliche Thatsache des durch gemeinschaftliches Einschlagen der Hände vorgestellten gemeinschaftlichen Handelns, wobei aber immer noch in jedem einzelnen Falle zu ermitteln bliebe, was juristisch beabsichtigt gewesen, und namentlich die Möglichkeit bestünde, dass unter dieser gleichen Form die verschiedenartigsten Verhältnisse von Mitberechtigung und Mitverpflichtung zur Geltung gebracht würden[1].

[1] Das will beispielsweise Zimmerle, Stammgutssystem S 95, wohl sagen: „Der Ausdruck gesammte Hand ist nichts anderes als die Bezeichnung eines Rechtssymbols, das überhaupt nur Rechtsgemeinschaft bedeutet.“ Aber gerade ein Rechtssymbol weist von vorneherein auf einen bestimmten Rechtsinhalt. Denn die Rechtssymbole dienen keiner Spielerei und geben sich nicht zu etwas juristisch Nichtssagendem her, sondern bringen gerade einen juristischen Gedanken zu recht prägnantem Ausdruck und zwar einen für juristische Construction fruchtbaren Gedanken. Nur in diesem Falle lohnt es sich, Rechtssymbole zu haben, weil die rationelle

Ich halte das nicht für richtig; die gesammte Hand ist ein bestimmter Rechtsbegriff, allerdings nicht selber schon ein Rechtsinstitut (ein solches ist erst die auf der gesammten Hand beruhende Gemeinschaftsform der Gemeinderschaft), aber ein Rechtselement, d. h. ein Bestandtheil des rechtlichen Materials, aus dem sich das Wesen des Rechtsinstituts erst zusammensetzt, ein Rechtsmotiv oder Rechtsprincip, gerade so wie man von Quoten- und Solidarprincip bezüglich der Betheiligung Mehrerer an einem Rechtsverhältnisse sprechen kann. So gut wie das Quoten- und das Solidarprincip ist auch das Gesammthandprincip ein fester Rechtsbegriff, der dem Rechtsinstitut der Gemeinderschaft seinen bestimmten Charakter giebt.

Das Symbol, von welchem es den Namen hat, verdeutlicht uns den juristischen Gehalt. Die Hände der mehreren gemeinsam Handelnden werden zusammengeschlagen und so vollziehen sie das Rechtsgeschäft, reichen sie z. B. die festuca, werden sie behufs der Lehnscommendation in die Hände des Lehnsherrn gelegt; die Hände müssen verbunden sein, die Hand eines Einzelnen genügt nicht, nicht einmal zu Verfügung über dessen Antheil, geschweige denn zu Disposition über das Ganze. Und so liegt der einheitliche Begriff der Gesammthand in der That darin, dass Recht und Pflicht sich nur in gemeinsamem Handeln realisieren und ein Vorgehen des Einzelnen ohne Mitwirkung der Andern ausgeschlossen ist. Das ist allerdings noch allgemein und unbestimmt genug, aber doch immerhin geeignet, den Gegensatz gegen das Quoten- und das Solidarprincip festzustellen: gegen das Quotenprincip, welches dem Einzelnen über seinen Theil zu verfügen gestattet; gegen das Solidarprincip, welches umgekehrt den Einzelnen ohne Mitwirkung der Andern das Ganze (Recht oder Pflicht) vertreten lässt.

Ob und wie aus diesem Rechtsprincip der Gesammthand sich eine eigenartige Gemeinschaftsform ergebe, ist also hier zu untersuchen. Unser Zweck wird vollständig erreicht, wenn wir uns dabei auf die Fälle beschränken, die sonst unter der Rubrik des sog. Gesammteigenthums begriffen werden, denn sie sind der eigentliche Sitz der Meinungsverschiedenheiten. Die rein obligationenrechtlichen Erscheinungen der Gesammthand mögen also der Darstellung im Obligationenrechte vorbehalten bleiben, wo sich dann freilich leicht wird nachweisen lassen, dass das hier ermittelte Resultat auch bei ihnen zutrifft, sie somit in der That unter das gleiche Princip wie die sachenrechtlichen Anwendungsfälle der Gesammthand gehören.

Function derselben eben die ist, mit einem Schlage eine bestimmte Rechtsform, d. h. ein Rechtsverhältnis mit bestimmtem Rechtsinhalt, äusserlich darzustellen.

§ 51. II. Arten der Gemeinderschaft.

1. Von Anfang der deutschen Geschichte an sehen wir die in einem Haushalte vereinigten Familienglieder durch ein starkes Gemeinschaftsrecht gegenseitig gebunden. Wir dürfen uns denken, dass schon mit der ersten dauernden Besitzergreifung von Grund und Boden die Landloose den Haushaltungen zugetheilt wurden, daher bei Tod des Hausvaters mitten in einer Loosperiode seine sors nicht als herrenlos geworden eingezogen wurde, sondern den Söhnen zu gemeinsamer Bewirthschaftung blieb. Als die periodischen Verloosungen aufhörten, behielt jedes „Haus“ seine sors: in die neue Rechtsordnung verpflanzt setzte sich die alte Anschauung fort, dass dem Hause, d. h. der innerhalb eines Geschlechtes zu eigenem Herde gelangten Familie, die Hufe gehöre, und als Hauptäusserung davon, dass dem Familienhaupte, dem Vertreter des Hauses nach aussen und dem uneingeschränkten Herrn nach innen, doch die freie Verfügung über die Hufe nicht zukomme.

Man spricht darum vielfach von Gesammteigenthum der Familie am Sondereigen selbst zwischen Vater und Söhnen und begegnet eben so häufigem Widerspruch gegen diese Annahme. Der Streit scheint zu gutem Theile ein Wortstreit zu sein. Denn dass ein starkes Gebundensein des Familienhauptes durch Rechte der Familienglieder schon seit ältester Zeit bestanden hat, wird eigentlich allgemein anerkannt, auch über die Art und Weise, wie sich diese Gebundenheit äussert, ist man im ganzen einig, nur will man nicht gern diesen Zustand als „Gesammteigenthum“ gelten lassen. Setzen wir dieses anstössige Wort bei Seite und sehen wir auf die Sache, so ergiebt sich zunächst ein Gegensatz zwischen sächsischem (eigentlich ostfälischem, denn Westfalen zeigt starke Neigung zu fränkischem Brauche) und süddeutschem Rechte. Dort äussert sich das Recht der nächsten Familienangehörigen in einer festen Anwartschaft, die das Familienhaupt nöthigt, zu Verfügungen über liegendes Gut sich der Einwilligung derselben, des „Erbenlaubs“, zu versichern, in Süddeutschland dagegen ist die Disposition über das Hausgut in die strenge Form eines Zusammenwirkens, eines gemeinschaftlichen Handelns gewiesen, die sämmtlichen Betheiligten treffen ihre Verfügungen mit gesammter Hand. Man möchte sagen, es seien dies mehr nur verschiedene Formen für einen in der Wirkung gleichen Rechtsbestand, und es ist ja richtig, dass der Effect derselbe ist, wenn ein Sohn das vom Vater veräusserte Gut an sich zieht, weil er nicht sein Erbenlaub gegeben hat oder weil er nicht mitgewirkt hat. Aber der Gegen-

satz beider Rechte erschöpft sich nicht in dieser Einzelanwendung, sondern liegt viel tiefer. Das Erbenlaub der Verwandten hat man nach Sachsenrecht auch nach Theilung der Güter zur Veräusserung seines Antheils nöthig, in Süddeutschland dagegen hebt Theilung die gesammte Hand und damit jedes Einspracherecht der früheren Gemeinder auf [1]. Und weiter ist in Süddeutschland das Gut viel mehr Gemeinschaftsgut unter Vater und Kindern als in Ostfalen, weil dort der erwachsene Sohn Ausscheidung seines Antheils daran vom Vater verlangen kann, während hier das Recht des Vaters auf Alleinherrschaft bis zu seinem Tode unantastbar bleibt. Dennoch dürfte kaum zu bestreiten sein, dass beide Rechte auf dem gleichen Rechtsgedanken beruhen, auf dem Princip der Angehörigkeit des Guts an die Familie, der Idee, dass das Gut eigentlich Familiengut ist [2]; aber die Ausbildung dieser Idee hat schon sehr früh in den zwei Rechtsgebieten einen divergierenden Gang genommen. Andererseits ist gewiss richtig, dass selbst bei dem süddeutschen System der Gemeinderschaft das Verhältnis nicht so aufzufassen ist, als hätten die Söhne kraft eines eigentlichen Miteigenthums in allen Verwaltungs- und Wirthschaftsfragen ebensoviel zu sagen gehabt wie der Vater. Hier so gut wie in Ostfalen hatte der Vater als der Hausherr kraft seiner Munt in der Leitung des Hauswesens und der Bewirthschaftung des Gutes das einzig maassgebende Wort; aber sobald es auf eine Disposition über das Familiengut nach aussen ankam, wo des Vaters Hausherrschaft aufhörte, war er durch das Mitrecht der Söhne gebunden. Das Erbenwartrecht in Sachsen und die gesammte Hand in Süddeutschland lassen sich doch nicht anders erklären als aus einem Mitrechte am Vermögen, das schon bei Lebzeiten des Hausvaters sich äussert, sobald die Existenz des Familienguts gefährdet ist. — Wir ziehen nun aber hier nur das süddeutsch-fränkische System der Gesammthand in den Kreis unserer Betrachtung.

Mit dem Tode des Vaters erfolgte regelmässig keine Aufhebung

[1] Es kommt zwar auch Consens der Söhne zu Veräusserung solchen dem Vater durch Theilung zugefallenen Gutes vor. UB. St. Gallen Nr 61. 84. 334. 343. In andern zahlreichen Urkunden findet sich aber dieser Consens nicht. Und allerdings scheint er nicht nothwendig gewesen zu sein, da ja die portio des Vaters seine swascara (das. Nr 360), d. h. absolut aus aller bisherigen Beziehung gelöst war.

[2] Auf ursprünglich gleichen Grund weist auch der Umstand, dass der in Süddeutschland für diese Hausgemeinschaft erhalten gebliebene Ausdruck Ganerbe ebenfalls dem Sachsenrecht bekannt ist, und zwar für diejenigen, welche gleiche Theile am Gut nehmen, Ssp I 17 § 1, obschon dann freilich diese sächsische Ganerbschaft gerade die charakteristischen Merkmale der süddeutschen nicht hat.

der Gemeinderschaft, die Söhne setzten das Zusammenleben in ungetheiltem Haushalte und Gute mit einander solang als thunlich fort, und selbst bei weiterer Verzweigung des Geschlechts wurde das Familiengut durch Beisammenbleiben möglichst zusammenzuhalten gesucht. Indessen die Beispiele der älteren Urkundensammlungen hören doch meistens bei den Geschwistern auf, selten geht die Gesammthand auf Onkel und Neffen und auf Vettern hinaus. Denn die in solchen Fällen eintretende Trennung des Haushaltes, sei es durch Gütertheilung, sei es durch Abfindung, machte auch der Gemeinderschaft und der Gesammthand ein Ende.

Derartigen Gemeinderschaften gleichberechtigter Familienglieder in ungetheiltem Gute, auch über den Kreis von Vater und Söhnen hinaus, begegnen wir in den ältesten Quellen auf Schritt und Tritt. Die Volksrechte sprechen davon als von einer allbekannten Sache. Das Edict Rothers 167 handelt von fratres, qui post mortem patris in casa commune remanserint, die lex Bai. I 1 setzt die Gemeinschaft zwischen Vater und Söhnen voraus, wenn sie die Möglichkeit einer Vergabung durch den Vater von der Theilung des Guts mit den Söhnen abhängig macht; die lex Burg. tit. I § 1 u. 2 redet von der communis facultas et labor und der Gebundenheit des Vaters in Bezug auf die sors. Das Cap. von 818 oder 819 c. 6[3] in seiner zweiten Hälfte lässt dem Falle einer Ungetheiltheit des Familiengutes ganz besondere Berücksichtigung zu Theil werden. Sieht man sich erst in den Urkundensammlungen der fränkischen Zeit um, so wird man überrascht von der Häufigkeit solcher Gemeinderschaften. Es bedarf keiner speciellen Citate jener massenhaften Urkunden von Fulda, St. Gallen, Freising u. s. w., in denen Vater und Söhne, Geschwister, Vettern gemeinsam Liegenschaften vergaben. Man stösst fast auf jedem Blatte auf sie: quod cum consortibus meis in commune possideo[4]; coheredes et comparticipes in uno patrimonio[5]; comprehensio quam in propria hereditate et in communione proximorum suorum proprio labore comprehendit et stirpavit[6]; praedia quae sibi et patruo suo sine divisione communia erant[7] u. s. w. im Gegensatz zu: domum quam a patre meo hereditario jure suscepi, separatis a me tribus sororibus meis absolute cum hereditate sua, ita ut nihil in hereditate nobis a

[3] Boretius I 282: si nondum res suas cum coheredibus suis divisas habuit. Und ebenso desselben Capitulars c. 11, das von der Confiscation der Güter wegen Bussen handelt: si autem homo ille nondum cum suis coheredibus proprium suum divisum habuit, convocet eos comes et cum eis legitimam divisionem faciat.

[4] UB. St. Gallen Nr 199. [5] NR. UB. Nr 17.

[6] NR. UB. Nr 21. [7] Mon. Bo. IX 389.

patre divisa commune haberemus; oder: allodium suum quod est sequestratum et divisum ab omnibus heredibus suis[8].

Diese in ungetheiltem Gute und ungetrenntem Haushalte zusammenwohnenden Familienglieder heissen regelmässig coheredes[9].

Dieser technische Ausdruck ist nicht geradezu identisch mit unserem heutigen „Miterben", es liegt eine andere Nuance der Erbbetheiligung und Erbberechtigung darin. Die von dem noch lebenden Vater nicht abgetheilten, mit ihm zusammenhausenden Söhne sind bei dessen Lebzeiten schon seine coheredes, wo wir doch nicht von Miterben reden würden; das Wort ist, allerdings mit der bestimmten Beziehung auf Familiengemeinschaft und daraus entspringende Erbberechtigung, gleichbedeutend mit comparticipes[10] oder consortes[11]. Coheredes bezeichnet die am Gute erbberechtigten Familienangehörigen, mag diese Erbberechtigung schon in förmlichem Erbgang realisiert sein oder erst in Aussicht stehen. Die altdeutsche Uebersetzung von Cap. 818 c. 6 giebt das Wort wieder durch Ganerben, Geanerben, Geanerbte, also an dem Gute Erbbetheiligte.

Wichtiger ist, dass überall, wo von coheredes, Ganerben, die Rede ist, eine Gemeinderschaft zu gesammter Hand vorliegt. Coheredes bezeichnet nie Miterben zu einfachem (römischem) Miteigenthumsrecht[12], weil in diesen Familiengemeinschaften überhaupt ausschliesslich gesammte Hand herrscht, coheredes also von vorneherein Gemeinder zu gesammter Hand sind. Wo daher diese Ganerben nach aussen in Wirksamkeit und zumal in Bezug auf das gemeinschaftliche Gut in rechtlichen Verkehr treten, geschieht es durch gemeinschaftliches Handeln, simul, una[13], oder pariter, pari sensu, pari oder communi consilio[14], oder endlich — die besonders typische Form — communi manu[15].

---

[8] NR. UB. Nr 269. 432.

[9] So z. B. Cap. 818 c. 6 (Boretius I 282). C. d. Fuld. Nr 99. MR. UB. I Nr 404. NR. UB. Nr 16. 17. 145. Henneberg. UB. III Nr 178. Trouillat II Nr 66. Wirtemberg. UB. II Nr 327. UB. St. Gallen Nr 386. 403. 439. Mon. Bo. VIII 503. Hist. Frising. Nr 103. 129. 204. 206. 414. 574.

[10] Trouillat I Nr 411.

[11] UB. St. Gallen Nr 155. 199. Trouillat II Nr 108. Fumagalli Nr 29. 116.

[12] Anders Stobbe, Miteigenthum und gesammte Hand, in Z f. RG IV 224, der das Cap. v. 818 auf einfaches Miteigenthum bezieht.

[13] Hist. Frising. Nr 41. 103. 105. C. d. Fuld. Nr 240. Trad. Wissenb. Nr 78. UB. St. Gallen Nr 76. 308.

[14] Hist. Frising. Nr 119. 163. 352. UB. St. Gallen Nr 127. 186. 195. 238. 244. 456. Cod. Lauresh. Nr 251. 377. 399. 521. 549.

[15] Hist. Frising. Nr 7. 31. 33. 39. 57. 80. 82. 89. 185. 201. 265. 266. 301. 352.

Nach innen hat dieses Gesammthandprincip die Wirkung, dass das Familiengut dem Kreise der Gemeinder ausschliesslich angehört und der Erbfall auf diesen Kreis abgeschlossen ist, so dass man fast eher von Accrescenzrecht als von Erbgang reden kann.

Diese Gemeinderschaften der in ungetheiltem Gute zu gesammter Hand sitzenden Ganerben stehen das ganze Mittelalter hindurch in voller Blüthe und haben sich vielerorten gerade in bäuerlichen Verhältnissen bis in die neueste Zeit erhalten. Die alamannischen und bairischen Weisthümer kennen sie unter dem Namen der Zusammentheilungen oder der Gemeinderschaften, das burgundische Recht als indivisions und raffrarachements (d. h. Verbrüderungen), weil der Hauptfall ist, dass Geschwister nach dem Tode der Eltern in ungetrenntem Haushalte bleiben und auf gemeinsamen Gedeih und Verderb das Gut bewirthschaften.

2. In diesen bäuerlichen Kreisen war der gemeinsame Haushalt insofern geradezu Bedingung der Gemeinderschaft, als sofort mit Aufhebung desselben jede Veranlassung zur Fortsetzung des Gesammthandverhältnisses abgeschnitten war. Denn ein lebendiges Bewusstsein der Familienzusammengehörigkeit überdauerte hier die Realtheilung nicht, das Familienband war gänzlich gelöst, sobald einmal die Theilung vollzogen war. Anders lag die Sache in den vornehmen Kreisen zunächst des Herren-, später auch des Ritterstandes, wo man schon früh im Innern, unter sich, Theilungen vornahm, ohne doch den Vortheil einheitlichen Familienguts nach aussen preiszugeben. Die bäuerliche Genügsamkeit, welche dem Sparen zu Liebe sich in einem Zimmer und an einem Tische zusammendrängt, war dem Herrenstande nicht genehm, jeder wollte seinen besondern Tross führen, ein eigenes Haus repräsentieren, und es war das auch leichter zu bewerkstelligen als auf Bauergütern, wo eben nur eine Wohnung war, während auf grossen Herrschaften mehrfache Edelsitze zu Gebote standen. So sassen Brüder aus vornehmen Häusern auf verschiedenen Schlössern, oder wo sie auf einer Burg zusammenblieben, bewohnten sie verschiedene Flügel derselben[16]. War so der gemein-

373 u. s. f. C. d. Fuld. Nr 184. 478. 601. 608. 613. UB. St. Gallen Nr 49. 58. 364. 366. 387. 403. 436. 555.

[16] Ein bemerkenswerthes Beispiel für solchen getrennten Haushalt ohne die definitive Abtheilung unter den Betheiligten giebt das Verhältnis der Grafen von Scheyern im Anfang des 12. Jahrhunderts (Mon. Bo. X 387 ff., bes. 392). Diese Grafen bewohnten lange in mehreren Familien die Burg: mons et castrum non ab uno vel duobus principibus, sed a pluribus communis habitabatur, nam partem unam principes qui et postea de Dachawe dicti sunt possederant, aliam partem

schaftliche Haushalt aufgehoben, so wurden auch die Besitzungen getheilt. Aber diese Theilung blieb zunächst mehr eine interne Abmachung unter den Familiengliedern, als dass sie auch nach aussen wirksam wurde. Denn das Interesse dieser adlichen Häuser am Zusammenhalten ihres Familienbesitzes war schon früh stark genug, um trotz factischer Theilung der Besitzungen die Eigenthümer zu veranlassen, das Princip der Gemeinderschaft und der Gesammthand nach aussen aufrecht zu erhalten. Oder wenn sie auch die Gesammthand aufgaben, so dauerte doch oft eine Anwartschaftsberechtigung fort, welche den Einzelnen hinderte, seinen Antheil frei zu veräussern[17].

Dieses Verhältnis zwischen den verschiedenen Linien eines Hauses, wie es uns bei dem Herrenstande des 12. Jahrhunderts begegnet, ist für die kleineren Grafen- und Dynastenhäuser die beliebteste Form der Gemeinderschaft geblieben und es für den ritterschaftlichen Adel, zumal die Reichsritter, geworden. Das sind die vielen Ganerbschaften,

---

comites de Grube habebant etc. Dabei ist sicher an getrennte Haushaltungen in verschiedenen Flügeln des Schlosses zu denken, also das Princip der späteren eigentlichen Ganerbschaft, welche trotz Theilung im Innern die Gesammthand nach aussen aufrecht hält.

[17] Wo grosse Güterbestände eines vornehmen Geschlechtes unter die einzelnen Linien desselben zu ausschliesslichem Gebrauche vertheilt waren, das Ganze aber doch immer noch als zusammengehörig, als Familiengut gelten sollte, konnten die gegenseitigen Anwartschaftsrechte auf Generationen hinaus durch das gemeinsam geführte Handzeichen gesichert werden. Hier könnte eine Hauptbedeutung des Handgemals liegen, das leider zur Zeit der Rechtsbücher schon Ruine und daher in seiner Function nicht mehr recht zu erkennen ist. Das Symbol der Zusammengehörigkeit, so denke ich mir, lag in dem gemeinsamen Handzeichen; dieses war auf ein bestimmtes Gut gelegt, und dasselbe, das Handgemalgut, war das eigentliche untheilbare Familiengut, das bei Theilung der Familienbesitzungen in kein Theilloos gefallen war, sondern ausserhalb jeder Theilung als wirkliches gemeinsames Gut weiter existierte. Der Aelteste des Geschlechts hatte es im Besitz, nicht als Eigenthümer, nicht als der es in portionem et partitionem susceperat, sondern als fideicommissarischer Verwalter. Durch Nachweis der gleichen Hausmarke bewies man die Angehörigkeit an die Familie und die Anwartschaftsberechtigung auf ihre Besitzungen, d. h. die Befugnis, kraft ganerbschaftlichen Rechts die von der andern Linie veräusserten Güter an sich zu ziehen. Durch ein solches Gut sicherten sich die Grafen von Neuburg, von Hunsberg und von Bruchberg nach der bekannten Aufzeichnung Mon. Bo. VII 434 ihre Zusammengehörigkeit, wie ohne Zweifel auch in gleichen Verhältnissen die Grafen von Scheyern, Dachau und Valei und viele andere. Das Handgemalgut selbst war wahrscheinlich vor jeder Veräusserung des momentanen Inhabers auch soweit geschützt, dass der Erwerber keine rechte Gewere daran gewinnen konnte. Vgl. auch Homeyer, Heimat und Handgemal S 60; Wippermann, Ganerbschaften S 34 ff. Aus dem Sachsenspiegel ergiebt sich das freilich nicht mehr.

die seit dem 13. und 14. Jahrhundert auftreten. Dass dieselben nicht eine neue Erfindung sind, beweist schon der Name, der ihnen mit den uralten bäuerlichen Familiengemeinderschaften gemein ist; sie unterscheiden sich von den letzteren, obschon ihre Herkunft von ihnen direct nachweisbar ist, allerdings durch wesentliche Punkte: sie sind auf ewige Zeiten abgeschlossen, so dass eine in die Willkür eines Betheiligten gelegte Auflösung des Verhältnisses durch völlige Abtheilung unstatthaft ist, und die Gemeinderschaft beruht nicht mehr auf der Voraussetzung gemeinsamen Haushalts und gemeinsamer Wirthschaft. Aber das Wesentliche, die Gesammthand mit allen ihren Wirkungen nach innen und nach aussen ist geblieben. Die Ganerbschaften im neueren Sinne sind die auf mehrere Linien eines Hauses erweiterten Gemeinderschaften; die Stelle, die in diesen letzteren der Einzelne einnimmt, ist auf eine ganze Linie übergegangen. Auch Familien, die einander nichts angingen, traten seit dem 13. Jahrhundert in Ganerbschaften zusammen, um die Vortheile solcher Gemeinderschaft sich gegenseitig zuzuwenden [18].

Nicht nur Allod wurde auf diese Weise zusammengeworfen und unter gemeine Verwaltung der Ganerben gestellt, sondern auch Lehen wurden dergestalt an mehrere Linien zu gesammter Hand ausgegeben. Die Gesammtbelehnung, von der das sächsische Lehnrecht 32 in so lehrreicher Weise spricht, betrifft gerade die Fälle, wo mehrere Brüder mit dem Lehn ihres Vaters belehnt werden, damit die Anwartschaft der verschiedenen Linien auf dieses alte Familienlehn gesichert und aufrecht erhalten werde.

Bei diesen doch immerhin verhältnismässig kleinen Herrschaften des vorzugsweise reichsritterschaftlichen Adels hatte die Form der Ganerbschaft keine Schwierigkeit. Nicht nur konnten die Besitzungen leicht nach aussen mit gesammter Hand zusammengehalten werden, sondern es war auch nach innen bis zu einem gewissen Grade gemeinschaftliche Verwaltung der Güter und selbst gemeinschaftlicher Haushalt in einem Schlosse möglich, und die Absicht war ja bei den sog. „Burgfrieden“ auch ursprünglich strenge Gemeinsamkeit [19]. Führte dieselbe aber schon bei diesen Ganerbschaften zu hässlichem Streit und Zank, so war es noch viel weniger möglich, dass unter Territorialherren solche Vereinigungen stattfanden, wo grosse Territorien Gegenstand gemeinsamer Verwaltung geworden wären. Und doch regte sich auch bei solchen öfter das Bedürfnis nach derartiger gemeinderschaftlicher Vereinigung.

---

[18] Wippermann S 7 ff. [19] Wippermann S 15.

3. Hiefür tritt im 14. Jahrhundert die Form der Erbverbrüderung auf. Kann man in der ritterschaftlichen Ganerbschaft noch immer das Wesen der ursprünglichen Gemeinderschaft erkennen, indem doch trotz dem Aufgeben der gemeinsamen Haushaltung noch eine einheitliche Gutsverwaltung möglich ist, so ist die Erbverbrüderung noch eine Erweiterung der Ganerbschaft in der Richtung eines Aufgebens auch der gemeinsamen Verwaltung. In dieser Beziehung ist die Vereinigung blos eine formelle, indem gegenseitig Gebrauch der Wappen der verschiedenen Herrschaften eingeräumt wird, Recognitionszinse constituiert und wohl auch die Unterthanen zur Huldigung verhalten werden, aber die Regierung durchaus gesondert bleibt. Dagegen tritt auch bei der Erbverbrüderung das für die Gemeinderschaft Maassgebende, die gesammte Hand, unabgeschwächt in Anwendung, sowohl in der Wirkung nach aussen, dass über eine Herrschaft nur mit gesammter Hand kann verfügt werden, als in der Wirkung nach innen, dass bei Aussterben eines der verbrüderten Häuser der Anfall seiner Herrschaften nur an die andern in der Verbrüderung stehenden Häuser erfolgen kann[20]. Das ist auch noch der einzige reelle Zweck bei Abschluss einer Erbverbrüderung, die Parteien wollen sich gegenseitig den Anfall ihrer Herrschaften auf das Aussterben einer Linie sichern; dem Effect nach wird also eine Art Erbvertrag abgeschlossen, und darum handeln meist die Lehrbücher von diesem Institute an einem andern Orte als wo sie von den Ganerbschaften reden. Es ist ganz richtig, der Zweck der Erbverbrüderung ist ein erbrechtlicher, aber das Rechtsinstitut an sich ist durchaus identisch mit der Ganerbschaft, sein Rechtsprincip ist ursprünglich die gesammte Hand, also das der Gemeinderschaft; daraus folgt von selbst der Erbanfall an die Gemeinder, und daher ist juristisch das Geschäft doch im Grunde nicht Erbvertrag, sondern Begründung eines Gemeinderschaftsverhältnisses, das auch vor Eintritt des Erbanfalls, wenn alle verbrüderten Linien noch in voller Kraft blühen, darin wirksam ist, dass auf Grund der gegenseitigen Aufnahme in das Eigenthum über alle von der Verbrüderung umfassten Herrschaften nur mit gesammter Hand zu verfügen möglich ist. Diese strenge Form einer gegenseitigen Aufnahme in das Eigenthum bezw. der Erwirkung einer Gesammtbelehnung für die Lehen wird wenigstens das ganze Mittelalter hindurch festgehalten, erst seit dem 17. Jahrhundert tritt die leichtere Form auf, wonach sich alles in einen reinen Erbvertrag auf-

---

[20] Man vergleiche die bei Kraut, Grundriss 5. Aufl. § 156 abgedruckten Beispiele.

löst. Für das Mittelalter aus dem Vorkommen von Erbverbrüderungen auf die Existenz von Erbverträgen zu schliessen ist eben darum unzulässig, denn es sind juristisch nicht Erbverträge, sondern Vermögensvereinigungen zu gesammter Hand unter Lebenden.

4. Haben wir die gleiche Rechtsform der Gesammthand in den verschiedenen Erscheinungen der bäuerlichen Zusammentheilung (indivision), der ritterschaftlichen Ganerbschaft und der fürstlichen Erbverbrüderung verwirklicht gefunden, und fragen wir nun nach einem entsprechenden Gebilde in den bürgerlichen Verhältnissen, so finden wir keine in dieser Hinsicht eigenthümliche Rechtsbildung. Es giebt zwar solche Gemeinderschaften auch in den Städten, aber sie schliessen sich dann, wie etwa in schweizerischen Städten, mehr an die bäuerliche Zusammentheilung oder (wie in Frankfurt die Ganerbschaft des Hauses Limburg) mehr an die ritterschaftlichen Ganerbschaften an, je nachdem ihre sociale Stellung und ihre gesellschaftlichen Verbindungen sie mehr zu der einen oder andern Art hinführen. Recht heimisch ist die Gemeinderschaft in den Städten nicht geworden, ausser in einer durch das eheliche Güterrecht begründeten Anwendung auf Eheleute und allenfalls noch auf den überlebenden Elterntheil und die Kinder; sonst aber ist der Drang auf freies Verfügungsrecht über das Eigenthum zu gross, man erträgt die Gebundenheit nicht, man will theilen und mit seinem Antheil dann frei schalten können. Das geht so weit, dass selbst, wenn ein altes Familienbesitzthum nicht reell, sondern blos ideell getheilt ist, doch für jeden Antheilhaber absolute Freiheit der Verfügung über seinen ideellen Theil besteht. Aus den von Ennen und Eckertz publicierten kölnischen Schreinsbucheinträgen ersehen wir, dass die grossen Areale der Kölner Patriciergeschlechter nicht reell getheilt waren: es waren Handwerkergaden darauf erbaut und zu Erbzinsrecht ausgegeben, darüber wurde von einem Schaffner Rechnung geführt und die verschiedenen Linien des Geschlechts und in jeder Linie jeder Einzelne hatten ihre durch Erbgang erworbene Quote; diese ideellen Quoten gehen bis in Achtzigstel und Hundertzwanzigstel hinaus, aber es ist reines Miteigenthum, keine Spur mehr von Gesammthand und Gemeinderschaft, und der Einzelne bringt seine octava pars de quarta parte mansionum u. dgl. in die Ehe oder veräussert sie frei und ohne Rücksicht auf die andern Miteigenthümer, um so unangefochtener, als ja sogar das Einspruchsrecht der Kinder in Köln aufgehoben ist.

5. Diese Gemeinderschaften alle haben ihre Grundlage in dem geschlossenen Zusammenhalten der Familien bezüglich des Familiengutes. Je nachdem auch das Vermögen der Ehefrau in diese Gemein-

schaft hineingezogen wurde, erweiterte sich die Gemeinderschaft zu Verfangenschaftsrecht, gesammter Hand der Eheleute und Beisitz des überlebenden Ehegatten mit den Kindern im gemeinen Gute. Alle diese Verhältnisse stehen ebenfalls unter dem Princip der gesammten Hand wenigstens bezüglich des Auftretens nach aussen, sie erhalten aber ihre bestimmtere und theilweise eigenthümliche Normierung durch ehegüterrechtliche Einflüsse, und wir ziehen sie darum hier nicht näher in Betracht, um der Darstellung des ehelichen Güterrechtes und der Vermögensverhältnisse zwischen Eltern und Kindern nicht vorzugreifen.

§ 52. III. Rechtswirkungen der Gemeinderschaft.

Das Princip der gesammten Hand in ihrer Wirkung auf die Disposition über das liegenschaftliche Gemeindergut nach aussen bedarf nicht einer künstlichen und schwierigen Construction, sondern lässt sich in dem einfachen Satze ausdrücken:

Keiner von den Gemeindern kann für sich allein weder über das Ganze noch über einen Theil des Gesammtgutes verfügen; nur alle Gemeinder zusammen können über das Ganze oder über einen Theil des Gutes verfügen.

Dieser Rechtssatz kommt am reinsten und natürlichsten zur Anwendung, wenn eine Disposition über das ganze Gut oder ein bestimmtes Stück desselben (nicht eine Quote) erfolgen soll. In dieser Beziehung besteht keine Verschiedenheit von dem (römischen) Miteigenthum; so wenig wie ein Gemeinder des deutschen Rechts kann ein Miteigenthümer die gemeinschaftliche Sache ganz oder von einem Gemeinschaftsgut ein auch noch so kleines Stück auf eigene Faust veräussern. Aber auch dann äussert sich jener Rechtssatz wirksam, wenn ein einzelner Gemeinder über seinen ideellen Antheil verfügen will und verfügt; die andern Gemeinder sind nicht gehalten, diese Verfügung zu respectieren und den Erwerber in die Gemeinschaft aufzunehmen. Die Veräusserung der Quote hat keine Kraft, es bleibt beim Alten. Das ist der Gesammthand vor dem Miteigenthum eigenthümlich. Denken wir uns, dass zwei Brüder in ungetheiltem Erbe sitzen und der eine seinen Erbtheil, die Hälfte, veräussert, so kann der andere dem Erwerber jegliche Theilung und Aushingabe des Abgetheilten weigern.

Das sagt mit bestimmten Worten die Urkunde bei Bréquigny-Pardessus II 376 Nr 559: dum per lege nulla exinde potuit delegare et facultates nostras indivisas remanserunt. Noch deutlicher der Fall der Hist. Frising. Nr 345: Crimheri hatte partem territorii propriae

hereditatis, d. h. doch seinen Erbtheil am Gute, der Kirche zu Freising geschenkt, starb aber, antequam vestituram perfecisset, also bevor er die Abtheilung vorgenommen und den Bischof in den Besitz gewiesen hatte. Nun verweigerte der Bruder des Verstorbenen, Kerhoh, der diese Güter cum aliis rebus communis illorum possidebat, die Herausgabe, und der Bischof rief keineswegs die richterliche Hilfe an, sondern er verlegte sich aufs Bitten und brachte den Kerhoh durch Zureden dazu, dass er ihm ein Gut überliess. Den Hauptbeleg aber liefert das Cap. von 818 oder 819 c. 6[1]. Dieses als allgemeines Reichsrecht publicierte, somit wohl auf die Zustände im ganzen Frankenreiche passende Capitulare ermöglicht Tradition von Grund und Boden auch bei Abwesenheit ausserhalb der Grafschaft der belegenen Sache und sanctioniert im Anschlusse hieran auch die Rechtsgiltigkeit solcher Vergabungen selbst im Falle noch ungetheilten Grundeigenthums. Voraussetzung des Capitulars hiebei ist, dass bisher Verfügungen eines Antheilhabers (Gemeinders, coheres) über seinen Antheil an einem noch unvertheilten Gute nicht möglich waren. Sollte daher das Capitulare den Zweck, den es sich vorsetzte, Ermöglichung von Vergabungen ausserhalb der Grafschaft, erreichen, so musste auch das Erfordernis vorheriger Theilung für solche Vergabungen aufgehoben werden, weil die Theilung in der Fremde ja vollends nicht möglich war. Das bestimmt denn auch ausdrücklich der Schlusssatz des Capitulars. Dabei ergab sich allerdings das Resultat, dass Vergabungen zu Hause, für die das alte Erfordernis der vorherigen Theilung bestehen blieb, eben darum einer Erschwerung unterlagen, von welcher auswärtige Vergabungen jetzt befreit waren; darum geht auch das Capitulare in dieser Sache etwas zaghaft in die neue Bahn, und gestattet dem Begabten nicht, sofortige Theilung zu verlangen, vielmehr wo Vater und Söhne in ungetheiltem Gute sitzen, muss er sich gefallen lassen, mit der Ausscheidung seines Antheils zu warten, bis (der Vater todt oder) die Söhne mündig geworden sind.

Nicht nöthig war es übrigens, dass in solchen Fällen, wo einer von mehreren Ganerben seinen Quotentheil veräussern wollte, die andern mit Gesammthand mitwirken mussten, es genügte, dass sie ihren Consens gaben, wie es UB. St. Gallen Nr 107 von einem Vater heisst, er vergabe filiis suis consentientibus portionem suam[2]. Im Effect war es gleich und auch dieser blosse Consens erscheint als

---

[1] Boretius I 282.

[2] Aehnlich UB. St. Gallen Nr 59. 83. 85. 259. 437. Hist. Frising. Nr 31. C. d. Fuld. Nr 696.

Ausfluss des Gesammthandprincips. Häufig geschah es auch, dass ein Ganerbe aus unvertheiltem Gute seine Quote vergabte ohne Mitwirkung der Andern, und diese dann doch die Vergabung respectierten. So Hist. Frising. Nr 555: zwei Brüder Kerolt und Kernod communem hereditatem patris et matris sue non inter se divisum sed communiter sine divisione usitant, Kerolt schenkt an Freising partem hereditatis sue (wohl suam), und nach seinem Tode kommt Kernod zum Bischof supplicando ut cum illo dividere dignaretur. Aehnlich der Fall in Trad. Scheftlar. 1 (Mon. Bo. VIII 363). Das war freier Wille der andern Ganerben; dass sie aber nicht mit Gericht hätten gezwungen werden können, eine solche Vergabung genehm zu halten, zeigen die obigen Belege zur Genüge.

Im späteren Rechte des Mittelalters findet diese im Wesen der Gesammthand und der Gemeinderschaft liegende absolute Gebundenheit des einzelnen Gemeinders durch den gemeinsamen Willen aller auch in Bezug auf seinen Antheil ihren besten quellenmässigen Ausdruck im Sächs. Lehnrecht 32 § 3, wo sie zugleich als Consequenz aus der Belehnung zu gesammter Hand abgeleitet wird, wie denn überhaupt dieser Art. 32 das Princip der gesammten Hand und der Gemeinderschaft allseitig mit grösster Präcision entwickelt: die wile sie en gut to samene hebbet die to samene belent sin, ir nen ne mach ane den anderen nenen deil dar af lien noch laten, dat he't den anderen mede verne.

Diese Gebundenheit des Gemeinders im Verkehre nach aussen ist nun aber im Grunde nur Ausfluss der engen Vermögensgemeinschaft im Innern der Vereinigung. Eine verbreitete Meinung nimmt geradezu an, dass die gesammte Hand das Vorhandensein ideeller Quoten begrifflich ausschliesse. Die eben erwähnte Stelle fährt fort: wende des die man nenen deil untvangen ne hevet, des ne mach he nenen deil lien noch laten. Nicht ohne Schein wird daraus gefolgert, dass bei Gesammthandverhältnissen für die Annahme ideeller Theile kein Raum sei. Indessen verhält es sich doch wohl nicht so.

Es lässt sich nämlich genau betrachtet eine Gemeinschaft an einem ganzen Vermögen oder an einem einzelnen Gute ohne Quotentheile der einzelnen Theilhaber wenigstens für den Fall nicht recht denken, wenn Theilung und nöthigenfalls Theilungsklage bei solchen Verhältnissen in Aussicht steht, wie das bei den meisten Gemeinderschaften (den bäuerlichen Zusammentheilungen, der ehelichen Gesammthand) der Fall ist. Denn Theilung, wenn sie Realisierung eines Rechtes sein soll, ist nichts anderes als Umsetzung eines Quotenrechts in ein selbständiges Object. Es können auch ideelle Quoten

der Betheiligten schon während der Dauer des Verhältnisses vorhanden sein, obschon die rechtliche Wirksamkeit und die Geltendmachung dieser Idealtheilrechte, so lange die Gemeinderschaft besteht, völlig stillgestellt sind oder einseitiges Handeln eines einzelnen Gemeinders (z. B. Schuldenmachen des Ehemanns in der Gütergemeinschaft) das Gesammtgut ergreift. Wollen wir uns überhaupt die Theilung eines Gemeindervermögens nach Rechtsprincip denken, so müssen wir doch annehmen, dass Rechtsansprüche realisiert werden, und diese sind nur zu erklären als aus der Gemeinderschaft herrührende Idealtheilrechte. Die Quoten, nach denen schliesslich getheilt wird, müssen schon irgendwie vorhanden gewesen sein, woher sollten sie sonst entstehen?

Darauf antwortet man etwa speciell mit Bezug auf die eheliche Gütergemeinschaft: sie entstehen kraft Gesetzes bei Auflösung der Ehe. Aber wir sagen doch richtiger, das Gesetz spreche nur den Theilungsmodus aus, und dieser beruht auf der ökonomischen Betheiligung von Mann und Frau und ihren Quoten am Sammtgute, die jetzt realisiert werden. Denn würden die Quoten erst durch den Tod eines Ehegatten geschaffen, so könnten die Kinder, welche die Quote des Verstorbenen nehmen, nicht als dessen Erben für die ihnen zufallende Quote erscheinen, sondern sie müssten als durch das Gesetz creierte Antheilhaber aus ganz neuem Rechte gedacht werden. Jedenfalls aber, und das ist für uns die Hauptsache, darf der absolute Mangel ideeller Antheile nicht als dem Begriffe der Gemeinderschaft zu gesammter Hand inhärierend angesehen werden, weil in dem nächst der ehelichen Gütergemeinschaft wichtigsten und häufigsten Gesammthandverhältnisse, der Zusammentheilung oder indivision namentlich unter Geschwistern, die Existenz ideeller Theile während der Dauer der Gemeinderschaft ausser Zweifel steht.

Denken wir uns den einfachen Fall des Ed. Roth. 167 oder des Cap. von 818 c. 6, dass beispielsweise drei Brüder nach des Vaters Tode in ungetrenntem Haushalte zusammenblieben. Sie standen in gesammter Hand und keiner konnte einen Theil des Guts ohne Mitwirkung der andern veräussern. Aber jeder von ihnen wusste genau, dass ihm ein Drittel des gemeinschaftlichen Gutes gehöre, und dass er zu jeder Zeit diese Quote durch Realtheilung in ein Separatgut umsetzen könne. Ja selbst zwischen Vater und Söhnen kann kein anderes Verhältnis bestanden haben. Wenn die lex Bai. I 1 sagt: ut si quis liber persona voluerit et dederit res suas ad ecclesiam pro redemptione animae suae, licentiam habeat de portione sua postquam cum filiis suis partivit, so kann dieser Antheil des Vaters nicht der

jeweiligen Verständigung bzw. Nichtverständigung überlassen, sondern er muss von vorneherein fest gewesen sein, sei es dass er in der Hälfte bestanden oder dass er einen Kopftheil betragen hat[8]. Ferner rücken bei Tod eines Gemeinders dessen Kinder in seine Stelle ein, und zwar nicht so, dass die fünf Kinder, die einer von drei Brüdern hinterlässt, nun mit ihren zwei Oheimen zu Siebenteln theilen dürften, oder so, dass wenn von dem einen Bruder fünf, von dem zweiten zwei und von dem dritten drei Kinder hinterlassen wären, diese zehn Vettern nun auf dem Fusse von Zehnteln theilen könnten, sondern die Kinder eines absterbenden Bruders treten in dessen Stelle und Antheil ein und erhalten in allen diesen angenommenen Fällen sein Drittel. So ist es auch bei der Gesammtbelehnung. Sächs. Lehnr. 32 § 2: die wile ok sie't gut to samene hebbet, stirft ir en, sin kint trit in des vader stat, unde behalt sin gut gemene mit den vedderen als it sin vader hadde. Auch hier also treten die Kinder des Verstorbenen in dessen Stelle, nicht in neue Theile mit ihren Oheimen, sondern in den alten des Vaters, wie dieser ihn hätte fordern können, wenn gemäss § 1 gl. Art. wäre getheilt worden. Und das alles trotzdem dass keiner der Gesammtbelehnten enen deil untvangen ne hevet. Das letztere kann also nur sagen: keiner hat einen Theil zu freier Verfügung erhalten, „dat he't den anderen mede verne“.

Es ist schon im Bisherigen ausgesprochen, dass Untheilbarkeit, Ausschluss der Theilungsklage, ebenfalls nicht zum Wesen der Gemeinderschaft mit gesammter Hand gehört. Allerdings ist die Theilungsklage ausgeschlossen bei der ehelichen Gütergemeinschaft aus Gründen des Ehebandes, und bei den ritterschaftlichen Ganerbschaften auf Grund besonderen Vertrages aus Rücksicht auf das Familieninteresse, aber in den bäuerlichen Gemeinderschaften ist sie zulässig und unbeanstandet. Es besteht keinerlei Zwang zu Gemeinderschaft. Dass der Vater berechtigt ist, seine Söhne von sich abzutheilen, sagt lex Bai. I 1. Ob er auch dazu verpflichtet war, ob also volljährige Söhne ihn zur Theilung nöthigen konnten, ist für die alte Zeit schwer zu entscheiden, nach Schwsp (W.) 159 war es der Fall, und so dürfen wir es wohl für die ältere Periode um so unbedenklicher annehmen, als dieser Satz des Schwsp kaum als eine Neubildung wird angesehen werden. Unbedingt frei war das Begehren der Theilung zwischen

[8] Ersteres schliesst Zimmerle, Stammgutssystem S 54 Anm 3 aus Hist. Frising. Nr 113 und 115, auf letzteres deuten eher hin Hist. Frising. Nr 143. 292. 321. 355. 382. Ebenso C. d. Fuld. Nr 123 u. 124, wo drei Drittel bei Vorhandensein des Vaters Egilolf und der zwei Söhne Helpfolf und Husuuart angenommen sind.

Geschwistern und in den weiteren Kreisen der Zusammentheilungen und indivisions. Die Urkundensammlungen enthalten zahlreiche Vergabungen von Gut auf Grund solcher vorangegangener Theilung: quidquid a filiis meis in portionem mihi tuli; quidquid me constat contra filios meos in portionem suscepisse; sicut mihi pertinet in portionem contra filium meum[4]. Oder Theilung zwischen Brüdern: quod partivit contra fratres suos in legalem portionem; quidquid in suam partem contra fratres suos in propriam partem evenit[5].

Als deutscher Ausdruck für diese Theilung wird im UB. St. Gallen Nr 360 überliefert swascara, woraus das später so vielfach als Bezeichnung von Grundstücken auftretende und in der neueren Litteratur seltsamer Deutungen theilhaftig gewordene „Watschar" geworden ist. Swâs-scara ist wörtlich propria portio, wie in Hist. Frising. Nr 293 propria pars; svês oder svesata gotisch, suâs oder suâsaz althochdeutsch = proprium[6]. Eine Uebertragung von swascara scheint auch die hereditaria portio in omnimodam proprietatem in den Trad. Richersperg. 41 u. 43 zu sein[7]. Es liegt in diesem Worte die völlige Abtheilung und Abfindung aus allem Familiengut, was man später Todtheilung nennt, und das hat eine doppelte Wirkung: einmal die, dass nun der Abgefundene über seine Watschar frei verfügen kann, ohne an Consens der Verwandten gebunden, bzw. durch ihr Einspruchsrecht gehindert zu sein (lex Bai. I 1). Das ist im fränkischen Gebiet besonders auch daraus ersichtlich, dass bei solchen Theilungen eine förmliche effestucatio der Watschar durch die Gemeinder an den Empfänger erfolgt, d. h. die in der Gemeinderschaft Zurückbleibenden sich völlig alles Rechtes an dem ausgewiesenen Gute entschlagen[8]. Daher z. B. NR. UB. I Nr 269 der Urkundende ohne die sonst übliche Erbeneinwilligung vergabt: domum proprietatis mee quam a patre meo hereditario jure suscepi, separatis a me tribus sororibus meis absolute cum hereditate sua, ita ut nihil in hereditate nobis a patre divisa commune haberemus.

Die zweite für uns hier wichtigere Wirkung ist die, dass der

[4] UB. St. Gallen Nr 121. 305. 343. 360. Hist. Frising. Nr 202. 268.

[5] Hist. Frising. Nr 117. 202. 247. 293. UB. St. Gallen Nr 155. 334. 342. 385. 438. 487.

[6] Grimm, RA S 491.

[7] UB. des Landes ob der Enns I 297 f.

[8] NR. UB. I Nr 414. Ennen und Eckertz, Quellen von Köln II Nr 127. 156. 352. Auch in Baiern, Mon. Bo. X 481. Hasenöhrl, Oesterr. Landesrecht S 142 Ziff. 4: Theilung mit „Fürzicht" (Verzicht, resignatio, Auflassung). Stobbe, Handbuch II 2. Aufl. S 12 Anm 22.

Abgetheilte auch seinerseits keinen Anspruch mehr an das in der Gemeinderschaft zurückgebliebene Familiengut hat, wenigstens so lange die Gemeinderschaft überhaupt noch unter einzelnen Familiengliedern fortgesetzt wird [9]. Wenn von mehreren Brüdern einer seine Watschar empfangen hat, so ist er für sein Erbtheil abgefunden, die väterliche Erbschaft ist für ihn liquidiert. Damit gelangen wir auf das innere Verhältnis der Gemeinder zu einander und auf eine Hauptäusserung des Gesammthandprincips: die Hinterlassenschaft eines in der Gemeinderschaft sterbenden Mitgliedes, soweit sie in dem noch unabgesonderten Antheile am Gesammtgute besteht (denn es giebt Verhältnisse, wo ein Gemeinder noch Separatgut ausserhalb der Gemeinderschaft haben kann), fällt nicht ausserhalb der Gemeinderschaft, sie bleibt in ihrer bisherigen Verbindung und kommt nur denen zu, die in der Gemeinderschaft stehen. Dies geschieht aber in verschiedener Weise: stirbt der Gemeinder mit Hinterlassung von Kindern, so wird er von diesen beerbt, d. h. seine Kinder treten in der Gemeinderschaft an seine Stelle mit der Anwartschaft auf die gleiche Quote, die ihr Vater vom Gesammtgute erhalten hätte, falls bei seinen Lebzeiten wäre getheilt worden. Der Satz ist in den Quellen meist nur nebenbei ausgesprochen, weil er als selbstverständlich galt, etwa in der Wendung: wenn Geschwister, die Theil und Gemein mit einander haben, ohne Leibeserben mit Tod abgehen, so soll ihr Theil an die übrigbleibenden fallen. Deutlich spricht das übrigens unzweifelhafte Erbrecht der Kinder aus die Déclaration des Point de coutume von Neuchâtel vom 17. Juni 1572: les enfans d'un indivis l'héritent à l'exclusion de tous ses indivis et entronqués [10].

Was geschieht aber bei kinderlosem Tode eines Gemeinders? Zwei Möglichkeiten scheinen sich darzubieten: entweder Beerbung desselben durch die andern Gemeinder, oder Accrescenz seines Antheils ohne Beerbung. Beide Ansichten haben ihre Vertreter und entsprechen den verschiedenen Auffassungen, die über das Wesen der gesammten Hand bestehen. Wer wie Duncker (Gesammteigenthum) mit der Miteigenthumstheorie auszukommen hofft, sieht in unserer vorliegenden Frage nur ein Erbrecht der Gemeinder. Eine Stütze scheint diese Auffassung darin zu finden, dass die Quellen selbst oft

---

[9] Frensdorff, Dortmunder Statuten XXV: Bei dem Streit über die Grafschaft von Dortmund behaupteten die einen, dass die andere Seite abgetheilt sei, dass Hermann v. Lindenhorst „en verdelet bruder van der grascap" sei und damit sein Erbrecht verloren habe.

[10] Ostervald, Loix, us et coutumes de Neuchâtel et Valangin S 142.

von Erben reden, namentlich die schweizerischen Weisthümer und Landrechte, z. B. Grimm, Weisth. I 22 § 32:

> Wo ouch vngeteilte geswistergit by ein andern hushablich sind vnd teil vnd gemein mit einandern habent, das die, die wile sy mit einandern in teil vnd gemein sind, einandern erben söllent[11].

Dennoch ist die Annahme eines Erbgangs nicht zulässig, und zwar aus folgenden Gründen: Es ist möglich, dass die Gemeinder unter sich gar nicht in einem Verwandtschaftsverhältnisse stehen, welches überhaupt Erbrecht begründet. Es lässt sich die Möglichkeit denken, dass Personen, die nicht verwandt sind, zu gesammter Hand belehnt würden; oder es werden nichtverwandte Personen, namentlich Ehemann und Ehefrau, in gesammter Hand zu Erbzinsrecht beliehen[12], und die Wirkung ist, dass nach dem Tode des Mannes das ganze Gut der Witwe bleibt, offenbar nicht nach Erbrecht, denn sie war nicht gesetzlicher Erbe und konnte auch durch die Erbleihe nicht als Erbin constituiert werden. Ein zweiter Grund ist, dass die Lehnsmuthung (recognitio feudi), welche der Lehnserbe in bestimmter Frist bei dem Lehnsherrn nachsuchen und vornehmen muss, wenn er das Lehn nicht verfallen lassen will, bei Tod eines zu gesammter Hand Belehnten nicht erforderlich ist, die andern Gesammtbelehnten behalten das ganze Gut ohne neue Verleihung, dagegen die Söhne eines Gesammtbelehnten müssen die Muthung vornehmen, um an dessen Stelle zu treten[13].

Hier, bei der Gesammtbelehnung, tritt denn auch besonders deutlich das Princip des Accrescenzrechts zu Tage: jeder Einzelne hat eigentlich ein Recht auf das Ganze, durch die Berechtigung Mehrerer entstehen zwar nothgedrungen Theile, aber durch den Wegfall eines der Berechtigten wird das Recht der Uebrigbleibenden von einer Schranke gelöst und wächst das Recht des Letztbleibenden in die volle Freiheit hinein[14]. Das römische Recht hat nun allerdings dieses

---

[11] Ebenso Grimm V 200 § 13 u. ö. Kothing, Rechtsquellen von Schwyz S 25 § 5 (altes Ldb. der March), S 189 § 111 (Einsiedler Waldstattbuch), S 345 Art. 24 (Hofrodel v. Reichenburg).

[12] Mon. Bo. XXXVIII Nr 49 (1293): die Spitalverwaltung giebt zu Erbzins ein Haus in W. Alberto apothecario et Eberlino socio eius et cuilibet eorum in solidum ac omnibus ipsorum heredibus. Mann und Frau zu gesammter Hand beliehen Wasserschleben, Deutsche RQ I 432 c. 87.

[13] Vgl. Homeyer, Ssp II 2 S 459.

[14] So heisst es Reg. Westf. (Erhard) II Urk. 553: si unus aut plures decederent, quicunque ex his quattuor esset residuus eadem bona in feodo haberet,

Princip bei dem Miteigenthum nicht durchgeführt, sondern nur bei der Berufung Mehrerer zu Erbe oder Legat und Nichterwerb seitens eines Berufenen; denn sobald die eingesetzten Erben oder die bedachten Legatare zum Erwerb der Erbschaft oder des Legats gelangt sind, ist alles Accrescenzrecht dahin gefallen. In unserem Falle dagegen tritt das Accrescenzrecht in Kraft als Bestandtheil eines Miteigenthums, nachdem sämmtliche Betheiligten das Recht erworben und die Sache gemeinsam gehabt haben, durch das Ausscheiden des einen aus der Gemeinderschaft. Zwar auch dem römischen Rechte hat sich das Princip des Accrescenzrechtes schlechthin als Consequenz des Miteigenthums in einer Einzelanwendung aufgenöthigt: Ulpian fragm. I 18 sagt: communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque adcrescit socio, welchen Satz wir unbedenklich dahin verallgemeinern dürfen, dass durch Dereliction eines Miteigenthumsrechts seitens des Berechtigten Accrescenz zu Gunsten der andern eintrete. Das deutsche Recht geht über diese Einzelanwendung hinaus und erhebt das Accrescenzrecht geradezu zum Hauptprincip der Gemeinderschaft: das Gut gehört eben kraft des Gesammthandprincips, welches diesem gemeinschaftlichen Familieneigenthum innewohnt, den Mehreren der Art, dass es eventuell, d. h. auf den Wegfall des einen derselben, den andern und schliesslich dem Längstlebenden allein ohne weiteres frei wird.

Erst wenn in der Gemeinderschaft selbst kein Abnehmer mehr ist, also der zuletzt Uebriggebliebene stirbt, tritt wieder ein Erbfall ein und zwar an den nach Verwandtschaft nächsten Erben, also möglicherweise an einen früher aus der Gemeinderschaft durch Todtheilung ausgewiesenen Bruder. Das sagt das alte Landbuch der March in dem charakteristischen, an den „ledigen Anfall" bei Erbverzichten der adlichen Töchter erinnernden Ausdruck: untz an ein rechten anfal[15]. Nur das Hofrecht hat auch in solchem Falle die Todtheilung fortwirken lassen, und zwar zu Gunsten des Grundherrn, welcher das Gut des ohne Leibeserben (und ohne Hinterlassung von Gemeindern) sterbenden Hofhörigen mit Ausschluss abgetheilter Söhne (oder Brüder) an sich zieht[16].

---

heredibus autem deficientibus ecclesia omnia libere possideret. Heres hier offenbar in oben (S 230) ermitteltem Sinne von Ganerbe, am Erbe Betheiligter.

[15] Es heisst dort: abgetheilte Kinder sollen keine Ansprache an ihres Vaters oder ihrer Mutter Gut mehr haben weder um Theil noch um Gemein untz an ein rechten anfal. Kothing, Die Rechtsquellen der Bezirke des Cantons Schwyz S 25 § 5.

[16] Engelberger Hofrodel (Grimm I 3): teilt der vater von dem sun, und

Es bleibt noch der wichtige Punkt zu besprechen, wie es mit der Verwaltung des gemeinderschaftlichen Vermögens und der damit zusammenhängenden Abschliessung von Rechtsgeschäften aller Art, Eingehung von Schulden, Vertretung in Prozessen u. dgl. sei gehalten worden. Die Frage hat eine subjective und eine objective Seite: wer ist berechtigt für die Gemeinderschaft zu handeln, und was ist die Wirkung?

Das im Eingang dieser Untersuchung aufgestellte Princip der Gesammthand: nur alle zusammen können über das Ganze oder einen Theil verfügen, bezieht sich blos auf den Verkehr an Liegenschaften, die innere Verwaltung und der einen Bestandtheil derselben bildende Fahrnisverkehr bleibt davon unberührt. Es ist ja auch von vorneherein nicht möglich, gemeinschaftliches Handeln für jedes Rechtsgeschäft des täglichen Lebens zu fordern. Da ist nun aber bezüglich der Befugnis zur Verwaltung und zu allem, was mit ihr näher oder entfernter zusammenhängt, jedenfalls die Gemeinderschaft zwischen Vater und Söhnen anders beschaffen als diejenige zwischen Geschwistern. Dort ist der Vater das unbestrittene Haupt des Hauses, und wenn er auch für Veräusserung und Belastung der liegenden Güter durch die gesammte Hand der Söhne völlig gebunden ist, so herrscht er desto unbeschränkter im Hause selbst und über die in Geweren befindliche Fahrnis, bestimmt die Art der Wirthschaft, geht Schulden ein, vertritt das Gut in Prozessen, kurz er ist der einzige Repräsentant des Vermögens mit Ausnahme der Verfügung über liegendes Gut. Was ein Sohn aus dem Fahrnisbestande eigenmächtig veräussert, kann der Vater vindicieren, vom Sohne eingegangene Schulden braucht der Vater nicht als Gemeinderschaftsschulden zu respectieren. So einfach hier die Sache in Folge der unangezweifelten Hausherrschaft (Munt) des Vaters liegt, so zweifelhaft erscheint sie bei Gemeinderschaft unter Brüdern, denn hier sind alle Gemeinder in gleicher Stellung, keinem kommt ein durch die Natur verliehener Vorrang zu. Man wird hier mangels einer Vorherrschaft des ältesten Bruders annehmen müssen, dass Fahrnisveräusserungen eines Gemeinders durch die andern nicht konnten rückgängig gemacht werden, weil in Bezug auf Fahrnis eine Gesammtgewere nicht denkbar ist, dieselbe schlechtweg in Geweren liegt (vgl. unten § 67), und daher jeder Gemeinder als in der Gewere sitzend sie aus seinen Geweren weggeben konnte. Was die innere Verwaltung der Wirthschaft und die Leitung des

---

stirbt der vater, so erbt in das gotzhus, stirbt ouch der sun, so erbt in ouch daz gotzhus.

Hauswesens betrifft, so war dieselbe mangels besonderer Abmachungen auch auf gemeinsames Regiment, gemeinsame Beschlüsse und Anordnungen sämmtlicher Gemeinder gestellt, was bei gutem Einvernehmen der Geschwister leicht war, bei Misstrauen und Unverträglichkeit zu bitterem Zank führte. Auffallen kann es immerhin, dass in den Quellen nicht öfter von Vorherrschaft des ältesten Bruders die Rede ist, da sie doch offenbar sehr häufig vorgekommen ist. Erwähnt wird sie z. B. in dem Einsiedler Hofrodel[17] und in Kaiser Ludwigs Rechtsbuch c. 117[18]. Bei der indivision der burgundischen Gebiete war sie als selbstverständlich angenommen[19].

Dass diese Vorherrschaft des ältesten Bruders doch die Regel war, dass er als an Vaters Statt das Hauswesen vertretend galt, geht aus der Art und Weise hervor, wie die Hofrechte in solchen Verhältnissen die Pflicht zu Entrichtung des Falles regeln. Der Fall (mortuarium, Besthaupt) wurde nur entrichtet bei Tod des Familienhauptes, nicht also bei Tod eines vom Vater nicht abgesonderten Sohnes während Lebzeiten des Vaters. Bei Gemeinderschaft von Brüdern hätte eigentlich jeder fallpflichtig sein sollen, aber es ist durchaus Regel — und um diesen Satz auszusprechen, reden die Weisthümer hauptsächlich von der Gemeinderschaft —, dass der Fall bei Tod des ältesten eintritt, woraus eben zu schliessen ist, dass er als das Haupt der Familie und der Gemeinderschaft galt[20].

Die objective Seite: die ganze Wirthschaft geht auf gemeinsamen Gedeih und Verderb[21]. Das bringt schon der gemeinschaftliche Haushalt mit sich, jeder Gemeinder nimmt das gemeinsame Gut für seinen Bedarf in Anspruch, der verheiratete und mit Kindern gesegnete

[17] Bei Grimm, Weisth. I 152 § 2: wer aber daz vil brüder in einem hus und in einer cost vngeteilt werint, so mag wol der eltost bruder zu den gerichten gan und die andern brüder, so da heimen beliben, versprechen.

[18] Bei v. Freyberg, Sammlung histor. Schriften IV 432: swo chint sint, geswistergeit, die ungetailt sint von einander, und daz eltist under den chinden recht suocht, daz si allew an trifft umb swelherlay sache daz ist ze gewin und ze verlust, die weil si ungetailt sint, und swaz daz behabt, dez süllen si auch geniezzen, und swaz ez daran verlust hiet, dez süllen si auch engelten.

[19] Quisard, Commentaire fol. 265 a Art. 3 (Z f. schweiz. R XV): le chef et gouverneur d'une indivision.

[20] Grimm, Weisth. I 20 § 25, I 28 Z. 14 v. o., I 285 gegen Ende, I 290 Z. 17 v. u., IV 335 § 12 und öfter. Vgl. Wuhrmann, Die Zusammentheilung oder Gemeinderschaft nach den RQ der Schweiz S 40.

[21] Gosl. Stat. 10, 24 ff.: war brödere oder andere lüde ire gut to samene hebbet, wat se irwervet, dat is irer aller . . . . wur mede se dat beteret, de vrome is erer aller; dat selve is de scade, of dat sic ergheret.

Bruder ernährt seine ganze Familie daraus und geniesst also mehr als der ledige. Da wird nichts verrechnet, so wenig wie derjenige, welcher durch seine Arbeit mehr leistet als der andere, am Ertrage zu grösserer Quote participiert, d. h. ihm ein Guthaben vor den andern gutgeschrieben würde auf den Fall der Theilung. Dieses Hausen auf gemeinsamen Gedeih und Verderb wird als Hauptstütze des Satzes angesehen, dass die Gemeinderschaft keine ideelle Quotentheilung kenne. Aber dieser Schluss ist doch keineswegs nothwendig. Die einzelnen Gemeinder können immerhin zu bestimmten Quoten betheiligt sein, und doch kann der Vor- oder Rückschlag das Gesammtgut treffen, so dass schliesslich, wenn es zur Theilung kommt, auf jede Quote ein grösseres oder ein geringeres Ergebnis entfällt, als wenn schon früher getheilt worden wäre, je nach dem gemachten Gewinn oder Verlust[22].

Gemeinsame Haushaltung und damit Sitzen auf gemeinen Gedeih und Verderb ist geradezu Voraussetzung der bäuerlichen Gemeinderschaften. Auch bei der Gesammtbelehnung ist sie in der Glosse zu sächs. Lehnr. 32 angenommen, und sie findet sich auch noch in ritterschaftlichen Ganerbschaften. Aber bei diesen letzteren ist es doch schon ermöglicht, die zwei Hauptäusserungen der Gemeinderschaft, Gesammthandverfügung nach aussen und Accrescenz nach innen, aufrecht zu erhalten und dennoch gesonderte Wirthschaft zu führen. Grössere Besitzthümer vornehmer Familien wurden getheilt zu gesondertem Gebrauch, ohne dass doch Todtheilung darin gelegen hätte, die Theile also „Watscharen“ geworden wären; die Besitzungen der einzelnen Linien bildeten vielmehr immer noch Theile des nach aussen ungetrennten Familiengutes und der Einzelne war bezüglich der Disposition über sein Besitzthum nicht frei, sondern durch die Gesammthand gebunden. Das erleichterte ja eben auch wiederum das Zusammentreten verschiedener Linien eines Geschlechts und selbst verschiedener Familien zu einer Gemeinderschaft ohne Aufgeben ihres getrennten Besitzes. Solche Theile, die obschon reell von einander geschieden, doch nicht Watscharen, propriae portiones, d. h. freier Disposition des Besitzers fähig geworden sind, heissen Mutscharen. Das Mutschieren, die Mutschierung ist dieses Vertheilen der Güter einer Ganerbschaft unter die Mitglieder ohne Aufgeben ihres einheitlichen Bestandes und der Gesammthand, daher Wippermann S 16 f.

---

[22] Das will auch Quisard a. a. O. Art. 1 u. 2 sagen: le gaing appartient à vng chascun d'eulx par ratte selon les lignées, et les pertes sont supportables selon les lignées par egalle portion.

sie als eine Theilung hinsichtlich des Besitzes, des Brauches und der Nutzungen, nicht hinsichtlich des Eigenthums bezeichnet. Der Ausdruck Mutschar muss offenbar einen Gegensatz zu Watschar aussprechen, dieser Gegensatz ist aber nicht ersichtlich, wenn man das Wort als freiwillige (aus freiem Muth, muthwilliglich eingegangene) Theilung erklärt, wie die Glossarien von Haltaus u. a. es thun, es sei denn dass in Watschar die Idee der legitima portio[23] dürfte gefunden werden, was im Worte selbst nicht liegt. Dann wäre der Gegensatz: nothwendige, gesetzlich erzwingbare, und freiwillige, vertragsmässige Theilung. Auf die eigentlich charakteristischen Aeusserungen der Gemeinderschaft ist dieses Mutschieren wie bemerkt ohne Einfluss. Dass mit der Mutschierung das Hausen auf gemeinsamen Gedeih und Verderb ausgeschlossen war, ergiebt sich aus der Natur der Sache. Besserung oder Aergerung traf das betreffende separat bewirthschaftete und verwaltete Besitzthum.

§ 53. IV. Juristische Construction.

Jetzt kehren wir zu der an die Spitze gestellten Frage zurück: Ist die Gemeinderschaft juristische Person oder Gemeinschaft oder ein in der Mitte liegendes Drittes? Den Charakter einer juristischen Person legt ihr eigentlich heutzutage niemand mehr ernsthaft bei, um so heftiger wird gestritten über Gemeinschaft und das Dritte. Es wäre nun allerdings sehr erwünscht, für dieses Dritte eine genaue Begriffsbestimmung zu erhalten, um mit Aussicht auf Verständigung discutieren zu können. Eine solche aufzufinden hat aber bisher nicht gelingen wollen, und Homeyer[1] begnügte sich vorsichtig mit dem Satze, diese Rechtsgestalt finde in dem Raume zwischen der universitas und der römischen communio ihre Stelle viel näher an der letzteren. Wenn man nur die strengen Formen römischer universitas und römischer communio ins Auge fasst und sie, etwa in der geistreichen Weise Kellers[2] nach den vier Factoren Zweck, Mittel, Verwaltung, Ertrag in ihren Gegensätzen charakterisiert, so ist Homeyers Bemerkung gewiss richtig und haben wir dann also allerdings ein Mittelding, eine Mittelform. Aber was nöthigt uns denn, diese zwei römischen Begriffe als die von vorneherein gegebenen festen Maassstäbe anzunehmen, an denen auch fremdes Recht zu bemessen und zu bestimmen ist? Man sagt wohl, es seien eben die einzig möglichen logischen Sätze und Begriffe; aber indem man dann

---

[23] Hist. Frising. Nr 247: legalis portio.

[1] Ssp II 2 S 464. [2] Pandekten § 41.

selber zugiebt, dass der Begriff der communio mannigfacher Modificationen fähig sei, lässt man jenen logischen Absolutismus der römischen Begriffe doch selbst wieder fahren. Darum bewegt sich die Discussion oft in so entsetzlich leerem Wortstreite.

Zwei begriffliche Gegensätze stehen sich allerdings gegenüber, Gemeinschaft und juristische Person. Unter diese beiden Begriffe fallen die römischen der communio und der universitas, ohne sie doch zu erschöpfen. Es giebt Gemeinschaften, welche nicht römische communiones sind, und juristische Personen, auf welche alles Besondere der universitates nicht zutrifft. Der rechtliche Gegensatz zwischen Gemeinschaft und juristischer Person liegt aber darin, dass bei der ersteren die einzelnen Mitglieder direct am Gemeinschaftsgute antheilberechtigt, persönlich also die Rechtssubjecte desselben und demgemäss auch persönlich nach aussen verantwortlich sind, während bei der juristischen Person ein ideeller Wille als personificiert und als das Rechtssubject gedacht ist, welches nach aussen an die Stelle der Rechtspersönlichkeiten der Einzelnen tritt und nach innen Rechte und Pflichten der Mitglieder beherrscht. Alle Rechtsformen, die aus der Vereinigung von Menschen entstehen, müssen sich unter diese zwei Gruppen vertheilen, und eine Mittelform, eine dritte Art zwischen diesen beiden giebt es allerdings nicht. Eine Form der Gemeinschaft ist die römische communio, eine andere die deutsche Gemeinderschaft. Und zwar steht die römische communio so ziemlich auf der äussersten Grenze in Bezug auf Ungebundenheit des Willens der einzelnen Theilhaber gegenüber den andern; man könnte sich kaum etwas denken, was noch über das bei der communio der Freiheit des Einzelnen gewährte Maass hinausginge, ohne die communio selbst unmöglich zu machen. Die Gemeinderschaft dagegen ist nicht bis zu diesem Extrem vorgeschritten, sie hat noch Schranken aufgerichtet, welche den Willen des Einzelnen im Interesse der andern Theilhaber weit mehr als es bei der römischen communio der Fall ist, binden. Deswegen zu sagen, die Gemeinderschaft sei eine Uebergangsform von der juristischen Person zu der communio, ist immerhin irreführend, denn Uebergangsform ist nur dasjenige, was von beiden Formen, welche in Vergleichung stehen, etwas in sich hat; die Gemeinderschaft aber hat von der juristischen Person, d. h. von dem, was deren rechtliches Wesen ausmacht, in der That gar nichts in sich aufgenommen, sie rangiert ganz und vollständig unter den der juristischen Person gegensätzlichen Begriff der Gemeinschaft, und demgemäss sind communio und Gemeinderschaft zwei Arten desselben genus (der Gemeinschaft) und verhalten sich, um einen trivialen Vergleich zu ge-

brauchen, zu einander wie die Pferderasse der römischen Campagna und die der schwäbischen Alp, und nicht so, dass die Gemeinderschaft der Maulesel wäre, der zwischen dem Pferde der communio und dem Esel der universitas den Uebergang und den Vermittler abgiebt.

Wir entnehmen nun den Ausführungen des vorigen Paragraphen, dass sich diese grössere Gebundenheit der Theilhaber einer Gemeinderschaft zu Gunsten der andern, worin sich eben die Verschiedenheit von der römischen communio ausspricht, vornehmlich in zwei Richtungen äussert: der Einzelne kann über seine Quote nicht eigenmächtig verfügen, und wenn er ohne Leibeserben stirbt, so tritt Accrescenz ein. Sehen wir dann weiter, woher diese grössere Gebundenheit stammt, und was ihr innerstes Motiv ist, so zeigt sich uns durchweg ein auf Familien- (oder Ehe-) Rücksichten beruhender Grund, und das führt uns mitten in einen der Hauptgegensätze hinein, die zwischen römischem und deutschem Rechte unzweifelhaft nachweisbar sind: das römische Recht opfert dem an sich nicht zu unterschätzenden und viele Vortheile bietenden Princip der Freiheit des Eigenthums alle Rücksichten auf Ehe, Familie und weitere genossenschaftliche oder bürgerliche Kreise, das deutsche Recht dagegen bindet das Eigenthum unter die Rücksichten, welche man seiner nächsten und einer weiteren Umgebung, zunächst der Familie, dann seinen Genossen in Gemeinde und Staat schuldig ist. In allen diesen Fällen nun, wo die Gemeinschaft nicht rein obligatorisches Gebilde, zumal freies Erzeugnis eines Vertrages ist, sondern in familien- und eherechtlichen Beziehungen ihre Grundlage und Quelle hat, ist die Gemeinderschaft überhaupt die einzig mögliche Form einer Gemeinschaft; es giebt kein condominium mit römischem Inhalte und römischen Wirkungen im ehelichen Güterrechte, sondern entweder Gemeinderschaft mit gesammter Hand der Eheleute oder innerlich getrennte Güter mit Vormundschaft des Mannes oder mit gegenseitigen Leibzuchtsrechten. Ebensowenig giebt es ursprünglich[3] ein römisches condominium unter den Geschwistern, die in ungetheiltem Gute geblieben sind, sondern nothwendiger Weise nur Gemeinderschaft. Dagegen hat sich das deutsche Recht der Möglichkeit und Zulässigkeit eines Miteigenthums in römischer Weise nicht verschlossen in allen den Verhältnissen, wo auf Grund freier Vereinbarung eine Association und Gemeinschaft geschlossen wurde. Stobbe[4] hat das mit Recht

[3] Im späteren Rechte allerdings, wie wir an dem Beispiele von Köln (§ 51 Ziff. 4) gesehen haben.

[4] Miteigenthum und gesammte Hand, in Z f. RG IV 218. 224.

hervorgehoben und gezeigt, dass dem deutschen Rechte die Form des Miteigenthums neben der gesammten Hand geläufig war. So sehen wir denn: das römische Recht hat alle und jede Gemeinschaft unter das Princip der Freiheit des Eigenthums gestellt und darum eine Gemeinderschaft nicht ausgebildet, alles ist unter seiner Hand zur societas und communio geworden; das deutsche Recht dagegen hat in den familien- und eherechtlichen Gemeinschaften das Princip der Gebundenheit des Eigenthums der Theilhaber zur Herrschaft gebracht und ist so zur Gemeinderschaft gelangt, aber nicht als Mischung von communio und juristischer Person, sondern in sehr bewusstem Gegensatze zu der letzteren.

Denn das muss doch unbedingt zugegeben werden, dass, wenn man die eigentliche Structur dieser Rechtsgebilde, die wir communio und Gemeinderschaft nennen, das was ihre specifische juristische Natur ausmacht und ihren rechtlichen Charakter bestimmt, ins Auge fasst, sie als gleichgeartete Institute erscheinen, welche im allgemeinen auf gleichen Grundlagen erwachsen, eine gleiche Function erfüllen. Dieser Wahrnehmung gegenüber treten die Verschiedenheiten beider in der That formell juristisch in den Hintergrund, so wichtig sie auch für das praktische Leben sind. Das ist einleuchtend für die eine Hauptverschiedenheit, die Freiheit des römischen Miteigenthümers und die Gebundenheit des deutschen Gemeinders in Verfügung über seine Quote; und für die andere, das Accrescenzrecht, ist es um so weniger zu beanstanden, als wir einen Ansatz dazu auch schon im römischen Rechte für den Fall der Dereliction seitens eines Miteigenthümers finden.

Die Rücksichten familiärer Natur, welche das Motiv für die Gemeinderschaft gebildet haben, sind nicht zu allen Zeiten und überall gleichmässig und gleich stark wirksam gewesen und haben auch mancherlei Schwankungen unter fremdartigen Einflüssen durchgemacht. Ob als das Ursprüngliche die Tendenz möglichster Erhaltung des Familiengutes in einheitlichem Bestande wenigstens unter denjenigen, die in gleichem Hause mit einander aufgewachsen waren, den Geschwistern, gelten kann, ist schon fraglich gegenüber dem Umstande, dass bereits im Alamannen- und im Baiernrechte selbst zwischen Vater und Kindern Theilung auf einseitiges Begehren zugelassen ist; damit wäre jenes ursprüngliche Motiv unheilbar geschwächt. Unter einem Rechte, das jedem Theilhaber gestattet, jederzeit Theilung und Ausweisung seiner Quote zu fordern, kann das Gesammthandprincip nur noch die Familienrücksicht ausdrücken, dass kein Gemeinder durch Verkauf seines Antheiles dem andern einen Fremdling auf-

drängen darf, der sich dann behufs der Realtheilung in alle innersten Angelegenheiten der Familie einmischt. Es soll „unter Brüdern" getheilt werden, und wer nicht mehr in der Familiengemeinderschaft bleiben will, soll nicht schlechtweg seinen Theil veräussern, sondern sich zuerst ausweisen lassen, bevor er zur Veräusserung schreitet. Dass eine solche Rücksicht maassgebend gewesen, scheint aus der Art und Weise, wie das Cap. von 818 c. 6 der consequenten Durchführung seiner Neuerung zu Liebe auch die Nöthigung der unabgetheilten Ganerben zur Theilung mit der beschenkten Kirche ausspricht, hervorzugehen. Hinwiederum tritt dann später in den adlichen Ganerbschaften und Erbverbrüderungen der Zweck der Erhaltung ungetheilten Besitzstandes der Familie des bestimmtesten von neuem hervor; aber da muss eben, was das Gesetz schon längst preisgegeben hatte, die Untheilbarkeit und der Ausschluss der Theilungsklage erst auf dem Vertragswege wieder begründet und durchgeführt werden.

Der Umstand, dass schon zur Zeit der Volksrechte jeder Theilhaber Ausweisung seines Antheils verlangen konnte, ist jedenfalls der bündigste Beweis gegen die Existenz eines Familieneigenthumes im Sinne eines Eigenthums der Familie als juristischer Person. Die Gemeinderschaft bewegt sich ausschliesslich auf dem Boden der gemeinsamen Berechtigung mehrerer physischer Personen an einem Gute zu ideellen Theilen. Kein über dem Willen der Theilhaber stehender und sie bindender personificierter Gesammtwille der Familie als solcher beherrscht das Hauswesen und dessen Vermögen, sondern das momentane, persönliche Interesse der Theilhaber und ihr darauf gegründeter persönlicher Wille ist stets ausschlaggebend. Sobald ein personificierter Gesammtwille herrscht, ist der Begriff der Gemeinderschaft verlassen und der Begriff der Genossenschaft an seine Stelle getreten. Die Genossenschaft hinwiederum gehört eben so rein und unbedingt dem Kreise der juristischen Personen an wie die Gemeinderschaft dem Kreise der Gemeinschaften.

Zweiter Abschnitt.

Juristische Personen.

§ 54. Begriff.

Solange von den im Rechtsverkehre gemeinsam handelnden Personen jede nur ihren eigenen, durch ihr jeweiliges persönliches Interesse bestimmten und auf Erreichung eines persönlich angestrebten Zweckes gerichteten Willen bethätigt, reichen die verschiedenen Gemeinschaftsformen für alle Bedürfnisse aus. Sobald jedoch Verhältnisse entstehen, in denen nicht mehr die Einzelzwecke und die Einzelinteressen des oder der momentan Betheiligten die treibenden Factoren sind, ist der Schritt zu der Anerkennung einer juristischen Person als eines idealen Rechtssubjects, welches von den jeweilen es repräsentierenden physischen Personen unabhängig gedacht ist, vollzogen; die juristische Person ist, wenn auch vielleicht noch nicht in voller Klarheit ihrem rechtlichen Begriffe nach erfasst, doch dem Wesen nach vorhanden.

Dergleichen Verhältnisse machen sich immer zahlreicher geltend, je reicher sich das Culturleben eines Volkes gestaltet. Die Beherrschung und die Nutzung der Güter der Erde erschöpft sich dann nicht mehr in Einzelzwecken der physischen Personen, das Leben eines Volkes füllt sich mehr und mehr mit Aufgaben und Zielen, welche eine Dienstbarmachung der Güter zu andern als Einzelzwecken, eine Unterwerfung der Güter unter andere als Einzelinteressen fordern. Neben die Nutzbarmachung zu Einzelzwecken tritt diejenige zu Gesammt- und Idealzwecken. Sobald einem Gute die Bestimmung gegeben ist, einem solchen Zwecke zu dienen, regt sich das Bedürfnis, einen Träger der Herrschaft über dasselbe, einen Eigenthümer dieses Gutes zu haben, der Rechtsverkehr verlangt ein Rechtssubject dafür. Als solches aber kann weder der Zweck selbst oder die geistige Bestimmung, die Idee, noch das dem Zwecke gewidmete Ver-

mögen erscheinen: der Zweck nicht, weil er nicht der rechtserzeugende Wille, sondern das Gewollte, nicht das Handelnde, sondern das Gesuchte ist; das Vermögen nicht, weil es das Rechtsobject, das Passive ist, und als solches nicht sein eigenes Subject, das Active sein kann. Ebensowenig können als Rechtssubjecte angesehen werden die Personen, denen der Genuss des Gutes bestimmt ist[1], denn sie erhalten ihren Genuss selbst erst aus der Hand des Eigenthümers gespendet und können ihn nicht kraft Eigenthums sich selbst bestimmen und zumessen. Gar kein Rechtssubject anzunehmen und Zweckvermögen und subjectlose Rechte zu construieren beseitigt darum die Schwierigkeit nicht, weil die Personificationen, die man dann statt der Personen annimmt, doch nichts anderes als vorgestellte Personen sind, d. h. wie Personen im Rechte auftreten, somit die Frage: wer ist Rechtssubject? nicht aus der Welt geschafft, sondern nur anders formuliert ist, nämlich so: was ist personificiert? Versuchen wir die Frage auf folgendem Wege zu beantworten.

Man betrachtet den menschlichen Willen als den Factor, der den Rechtsverkehr über die Güter dieser Erde erzeugt und beherrscht, Rechtsverhältnisse schafft und zerstört. Jedes Vermögen unterliegt dem Willen seines Inhabers, der ihm nach freiem Belieben den Zweck, dem es dienen soll, bestimmt, heute diesen, morgen einen andern, daher rein juristisch betrachtet der Zweck des Vermögens einer physischen Person der ist, der willkürlichen Bestimmung seines jeweiligen Inhabers dienstbar zu sein. Wo nun eine physische Person fehlt, muss der dieses Vermögen in Bewegung setzende und im Rechtsverkehre beherrschende Wille als Rechtssubject, als Person gedacht werden. Das ist am leichtesten bei Stiftungen, piae causae u. s. f. möglich. Hier hat der Wille des Stifters das Vermögen zu einem bestimmten, von dem Willen der momentan jeweilen lebenden physischen Personen abgelösten Zwecke gewidmet und die nöthigen Vorschriften bezüglich Verwaltung u. s. f. ertheilt; eben dadurch aber ist auch der

---

[1] Nach Ihering, Geist des röm. R III § 61: „die Destinatäre, die Armen, Kranken, Witwen, Waisen, Kunstfreunde" bei Stiftungen, die einzelnen Mitglieder bei Corporationen. Vgl. auch Ihering, Der Zweck im Recht, 2. Aufl., I 469 ff.: „Das Eigenthum der blos gedachten juristischen Person ist ein gänzlich leeres, kommt nicht ihr, sondern den Individuen zu gute, welche stiftungsgemäss die Vortheile der Stiftung geniessen sollen (Destinatäre)." Diese Auffassung hängt zusammen mit der m. E. unrichtigen Theorie über den Gegensatz von Societät und Verein nach Maassgabe des frui und des uti (ebenda S 300 ff.). Auf S 503 heisst es dann, der Civilist werde und müsse diese Auffassung der Stiftungen als unbrauchbar zurückweisen, es gebe eben verschiedene Standpunkte der Betrachtung. Gewiss, aber doch nur einen Standpunkt für juristische Betrachtung.

künftig das Vermögen beherrschende Wille fixiert, und die mit Vertretung und Verwaltung des Vermögens Betrauten bringen diesen Willen zur Ausführung nicht als ihren eigenen, sondern als einen fremden, das Vermögen immerfort beherrschenden. Dieser einmal gesetzte Wille des Stifters ist als personificiert, als Rechtssubject, als Person zu denken, denn er ist zum Träger des Vermögens gemacht, und die jeweiligen Stiftungsverwalter sind nur Vertreter desselben.

Nehmen wir den Fall an, es gründe und verwalte Jemand ein Spital schon zu seinen Lebzeiten. Niemand wird sagen, die Kranken (die Destinatäre), oder der Zweck, oder das Spital selbst sei Eigenthümer desselben. Nach seinem Tode wird das Spital auf Grund testamentarischer Anordnung und Dotation zu einer Stiftung. Was ist nun in den Eigenthumsverhältnissen anders geworden? Das, dass der veränderliche Wille des Eigenthümers jetzt durch einen unumstösslichen, immerwährend dauernden ersetzt ist: der Wille des Stifters ist perpetuiert, und sagen wir nun: als Person gedacht, personificiert, oder zur Person gemacht, es kommt m. E. auf das gleiche heraus, weil (was gegen Brinz zu bemerken) Person und Mensch nicht identische Begriffe sind, sondern Person selbst schon eine Abstraction, das Rechtssubject ist. Der Wille des Stifters ist personificiert, weil er zum Träger des Stiftungsgutes gemacht ist, dieses letztere fortan nur im Sinne jenes Willens darf verwendet werden und daher auf Jahrzehnte und Jahrhunderte hinaus von ihm beherrscht und gelenkt wird.

Bei Personenvereinigungen (Corporationen) kann kein solcher fixierter Wille der Gründer als Träger des Vermögens oder, wo solches gar nicht vorhanden ist, als Regulator der Thätigkeit der Mitglieder gedacht werden, selbst nicht, wo bei der Gründung die sorgfältigsten und einlässlichsten Statuten aufgestellt sind, weil Abänderung derselben durch spätere Mitglieder nicht ausgeschlossen werden kann. Die Mitglieder sind mehr als nur Verwalter und Executoren fremden Willens. Aber da die Wirksamkeit der Corporation auf einen von den privaten Vermögensrechtszwecken der Mitglieder abgelösten Vereinszweck gerichtet ist, so bestimmt auch nicht der Privatwille jedes Einzelnen direct die Thätigkeit der Gesammtheit und die Verwendung ihres Vermögens, sondern der Beschluss sämmtlicher Mitglieder giebt den Entscheid. In dem Beschlusse vereinigen sich die Einzelwillen zu einem einheitlichen, und dieser geeinte Wille der Gesammtheit ist personificiert und zum Rechtssubject in der Corporation erhoben. Die Einzelwillen der Mitglieder sind durch den Beschluss der Gesammtheit ich möchte sagen noviert, der

Gesammtwille repräsentiert nicht die Summe der immerhin fortbestehenden Einzelwillen, sondern hat diese vertilgt und sich an ihre Stelle gesetzt.

Bei dem Fiscus wäre ebenfalls diese letztere Auffassung anwendbar: Gesammtwille der Staatsangehörigen, die ihn durch ihre verfassungsgemäss damit betrauten Behörden in den erforderlichen Beschlüssen zum Ausdrucke bringen. Die hereditas jacens dagegen, wenn solche überhaupt unter die juristischen Personen gehört, würde mehr dem bei den Stiftungen maassgebenden Gesichtspunkte folgen.

Indem dergestalt ein idealer Wille, weil er das rechtliche Schicksal des von ihm Beherrschten bestimmt, selber als Person gedacht und behandelt wird, ist der Begriff der juristischen Person gegeben: etwas im Rechte als Person, d. h. als Rechtssubject Anerkanntes. Das ist mehr als blosse Fiction: eine solche, wenigstens wenn wir das Wort in seiner technischen Bedeutung nehmen, würde die rechtliche Gleichstellung mit der physischen Person gerade negieren und durch ihre eigene Vorschrift, dass es gegebenen Falles so solle angesehen werden, als wäre eine (physische) Person vorhanden, eingestehen, dass in Rechten keine Person vorhanden sei; wie mit der Fiction si heres esset, si hominem anno possedisset, zugegeben ist, dass der Ansprecher nicht Erbe, die Usucapionszeit nicht vollendet ist. Aber das Recht schützt solche Gebilde, die wir juristische Personen nennen, nicht unter der Annahme, sie seien physische Personen, sondern stellt sie den letzteren gleich, verlässt also das Gebiet der Fiction [2].

Ersichtlich ist dieser Schritt zur Anerkennung einer juristischen Person ein grösserer als der zu einer blossen Fiction. Denn die letztere erscheint, wenn auch als praktisch zweckmässige Aushilfe für momentan im Rechte liegende Verlegenheiten, doch immerhin als ein verhältnismässig rohes Mittel, um in einem bestimmten Falle den Mangel eines vom Rechte verlangten Thatbestandes zu decken. Es ist grössere Abstraction und ein höherer Grad von Rechtsbildung erforderlich, um zu dem Satze zu gelangen: die Personenvereinigung,

---

[2] Man kann sagen: durch Vorhandensein der gleichen Bedingungen, durch welche ein Mensch zur persona, zum Rechtssubject wird, können auch Rechtsgebilde zu juristischen Personen, zu Rechtssubjecten werden. Diese Bedingungen sind ein Machtgebiet, in dessen Umkreis man seine rechtliche Herrschaft bethätigt, und ein Wille, der die Triebkraft für diese Bethätigung ist und sie in Bewegung setzt. Durch eine Personenvereinigung, eine Stiftung u. s. f. wird sowohl ein solches Thätigkeitsfeld (Machtgebiet) geschaffen, als ein Wille erzeugt, der die Bethätigung regelt.

die Anstalt, die Stiftung ist Rechtssubject, als sich damit zu begnügen: sie ist kein Rechtssubject, aber wir bilden uns ein, vorkommenden Falls handle eine physische Person. Denn im letzteren Falle bleibt das Recht bei der Thatsache stehen, dass nur physische Personen Rechtssubjecte sein können, im ersteren dagegen dehnt es den Begriff der Person aus und schafft eine neue Art von Rechtssubjecten.

Eben darum kann es nicht in Verwunderung setzen, dass der Begriff der juristischen Person in jedem Rechte verhältnismässig spät in klare Form gebracht ist.

Eine andere Frage aber ist, ob nicht der Sache nach juristische Personen schon längst vorhanden seien, bevor sie als solche erkannt sind. Es ist fast mit Naturnothwendigkeit gegeben, dass, sobald für Gesammt- oder Idealzwecke rechtliche Herrschaftsgebiete eröffnet sind, auch die Gesetze besonderer Rechtssubjectivität sich instinctiv geltend machen, weil diese Gesetze allein dem Bedürfnisse genügen, das solche Erscheinungen hervorgerufen hat. So beherrschen auch hier die noch nicht zur begrifflichen Erkenntnis gebrachten, also noch nicht entdeckten Gesetze das Rechtsleben und erzeugen die Rechtssätze, die wir jetzt als Ausfluss der juristischen Persönlichkeit erkennen.

Auch im deutschen Rechte finden wir das bestätigt, obschon der Mangel klarer Erkenntnis im Mittelalter bisweilen noch ein Schwanken im Ausdrucke, und hie und da bei unsicherem Tasten ein Sichvergreifen in der Wahl des Wortgebrauches erzeugt hat. Aber die Art und Weise, wie sich die juristische Technik zu helfen gesucht hat, zeigt sehr deutlich, dass das Rechtsbewusstsein schon in frühester Zeit diesem Punkte nicht gleichgiltig gegenüber gestanden hat und in richtigem Instinct dem rechtlichen Inhalt der Verhältnisse gerecht geworden ist, wenn auch die Ausdrucksweise den Ansprüchen streng juristischer Formulierung noch nicht hat genügen können.

Auf ebenso sichere als correcte Weise grenzt nämlich das deutsche Recht diejenigen Rechtsgebilde, die wir jetzt als juristische Personen erkennen, von den Gemeinschaften ohne eigene Rechtssubjectivität dadurch ab, dass es bei jenen ersteren kein Handeln zu gesammter Hand mehr eintreten, sondern die Gesammtheit Beschlüsse fassen und diese durch ihren Vorstand ausführen lässt. Die Gesammthand ist der letzte Grad von Gemeinschaft, der noch die einzelnen Mitglieder ihren eigenen, nach Belieben veränderlichen Willen bethätigen, somit die Rechtssubjecte des Vermögens sein lässt. Solange von Gesammthand die Rede ist, mangelt die oben ausgeführte Voraussetzung der juristischen Person. Sobald wir aber von diesem Boden der Gesammt-

hand, der Gemeinderschaft, zu den Genossenschaften auf landwirthschaftlichem, gewerblichem u. s. f. Gebiete hinübertreten, haben wir auch die juristische Person. Hier ist kein Raum mehr für die Gesammthand und das deutsche Recht hat sie hier des entschiedensten abgelehnt. Das ist das schon äusserlich in die Augen fallende Kennzeichen des innern Unterschiedes. Die Litteratur ignoriert leider diese Thatsache, eine Menge Lehrbücher und sonstige Arbeiten stellen die Markgenossenschaften unter die Gesammthandverhältnisse, und zu eigener Qual und Pein erschwert man sich dadurch das Verständnis klarer und einfacher Verhältnisse. Man beachte z. B. die gekünstelten Windungen, durch die Schröder die rein als juristische Person (Gewerbsgenossenschaft) aufzufassenden Erbsälzer zu Werl als eine im Gesammteigenthum und Erbrecht ex pacto et providentia majorum stehende Familiengemeinderschaft zu erklären sich abmüht[3] oder die alten Dorf- und Markgenossenschaften als dem Recht der gesammten Hand unterworfen nachzuweisen versucht[4]. Es wird sich im Folgenden ergeben, dass alle diese Genossenschaften dem Rechte der gesammten Hand nicht unterliegen, und zwar ist der Unterschied bestimmt genug, um auch nur den leisesten Gedanken an Zufälligkeit auszuschliessen. Sobald aber sogar die Gesammthand aufhört, der einzelne Betheiligte also selbst diese, durch die Nothwendigkeit der Uebereinstimmung und Mitwirkung der Andern doch schon höchst eingeschränkte Freiheit der eigenen Willensbethätigung nicht mehr besitzt, hört er auf, selber Rechtssubject des gemeinsamen Gutes zu sein, er ist einem fremden Willen untergeordnet, den er mit ausführen hilft, er ist nicht mehr Gesammthänder, sondern Mitglied einer juristischen Person.

§ 55. Ausscheidung der Familie von den juristischen Personen.

Darnach muss zunächst die so vielfach ventilierte Streitfrage, ob die Familie im deutschen Rechte je und in irgend einer Form als juristische Person habe gelten können, verneint werden. Denn die Familie ist ja eben der eigentliche Sitz der Gesammthand, und wo sich aus der Familienangehörigkeit Gemeinschaften in Bezug auf ein Vermögen oder ein Gut gebildet haben, erscheinen sie in der Form der Gemeinderschaften zu gesammter Hand. Nie ist es dazu gekommen, dass ein von dem Privatvermögen der einzelnen Mitglieder gesondertes Gut als Familiengut wäre bestellt worden, selbst nicht bei

[3] Z f. RG X 258 ff., besonders S 261.

[4] Z der Savigny-Stiftung, germanistische Abth. II 58. 65.

den Stammgütern oder den Familienfideicommissen, wie sofort zu erörtern; wurde aber ein Gut als Familienstiftung constituiert, wie wir ja heutzutage massenhaft solchen Familienstipendien- oder Familienunterstützungsstiftungen begegnen, so ist allerdings eine juristische Person damit errichtet, aber sie ist nicht die Familie, sondern eben die Stiftung als solche.

Nicht einmal das kann man sagen, es seien die allerersten Ansätze zu dem Versuche der Bildung einer juristischen Person gemacht worden, indem man bisweilen der Familie einen Selbstzweck gegeben habe, der vielfach mit den Interessen der lebenden Familienglieder in Collision gekommen sei; denn dieser Selbstzweck hat doch immer seine volle Berücksichtigung und Befriedigung gefunden, ja ist völlig erschöpft worden in Beschränkungen einzelner Familienglieder und ihrer Rechte, zumal bezüglich des Erbgangs, und es hat nie eines Selbstthätigwerdens der Familie mit eigenen Mitteln und Kräften und also der Dienstbarmachung eines besonderen Gutes für diesen Zweck bedurft. Der Selbstzweck blieb passiv, die Familie als solche ist nie zum Handeln gekommen: ein todtes Rechtssubject ist aber kein Rechtssubject.

Ob „die Sippe zu irgend einer Zeit als Friedens- und Rechtsgenossenschaft eine corporative Gestalt gehabt haben muss, die erst mit der Ausbildung der räumlichen Gemeinden und der öffentlichen Gewalt allmählich zerbröckelt ist", wie Gierke[1] annimmt, mag hier dahingestellt bleiben, ich glaube es nicht, und ein Beweis liegt nicht von ferne vor. Alles, was dafür angeführt wird, zeigt nur, dass die Verwandtschaft höhere Rechte gab und strengere Pflichten auferlegte als später, aber von Rechtsgenossenschaft im eigentlichen Sinne einer, die Idee der juristischen Person wenn auch nur keimartig in sich enthaltenden Rechtsform findet sich doch nichts. Man spricht wohl von einem Organismus der Familie. Wenn wir aber das Wort Organismus in seinem eigentlichen technischen Sinne verstehen, wonach dieser aus einem zusammengesetzten Ganzen besteht, dessen einzelne Bestandtheile (Organe) eben keine selbständige Existenz und Berechtigung haben, sondern nur dazu da sind, um das Ganze zu erhalten und ihm zu dienen, so ist die Familie nie ein Organismus gewesen. Die Verwandten sind nicht der Familie wegen da, sondern die Familie dient ihren Angehörigen. Selbst nicht in ihrer Gliederung behufs Empfang oder Zahlung des Wergelds, Ausübung der Vormundschaft u. s. w. ist die Familie ein Organismus. Wer das Wergeld

[1] Genossenschaftsrecht I 16.

empfängt oder zahlt, wer die vormundschaftlichen Rechte übt, thut das alles nicht Namens der Familie und als ihr Organ, sondern blos als ihr Angehöriger, aber in eigenem Namen und kraft persönlicher Berechtigung, er bekommt das Wergeld, weil er der Nächste ist, nicht weil er die Familie dabei repräsentiert. Die Familie kann zu diesen (Wergelds-, Vormundschafts-, Erbrechts-) Zwecken noch so genau gegliedert sein in Viertel, Achtel u. s. w.[2], es ist nur eine Verwandtschaftsgliederung, wie sie jedes Recht behufs Bestimmung der Nähe der Verwandtschaft hat, keine Familienorganisation. Auch die Gliederung der dithmarschen Familien in Klüfte, Slachten u. s. f.[3] lässt nicht ersehen, dass diesen Gliederungen besondere Vermögensobjecte oder Vermögenscomplexe zugetheilt waren, im Gegentheil: das Wergeld sollen die Mitglieder dieser Abtheilungen unter sich theilen, es sind Parentelen, innerhalb deren die entfernteren Verwandten weniger empfangen als die näheren[4].



Selbst nicht die alten grossen Geschlechter, die farae der Langobarden und Burgunder, die genealogiae der Alamannen und Baiern, sind als Familien Rechtsgenossenschaften geworden, sondern erst dadurch, dass sie ihr Wesen als Familie verloren und daraus herauswuchsen; erst als landwirthschaftliche Vereinigungen haben sie die Fähigkeit zur Entwicklung des Rechtsgenossenschaftsbegriffs in sich aufgenommen.

Die Sache steht nun so: 1. die Familie als ein einheitlicher, vergangene, gegenwärtige und zukünftige Generationen umfassender Begriff gedacht, ist ein Idealgebilde, eine Idee, als solche nimmermehr fähig, Rechtsanstalt, juristische Person, Rechtsgenossenschaft und damit Rechtssubject zu werden[5]. Dagegen ist es allerdings möglich, dass das Recht dieser sittlichen Idee zu Liebe und unter ihrem Einflusse die jeweilen lebenden Familienangehörigen bindet und beschränkt, z. B. durch Notherbrecht der Kinder, Vorzug des Erstgebornen u. dgl. Dass damit die Familie nicht als Rechtsorganismus und Rechtsgenossenschaft anerkannt, kein Familienvermögen geschaffen ist, leuchtet ein. Wenn nun aber jenem Idealgebilde der Familie, dem Glanz und

---

[2] Brunner, Sippe und Wergeld, in Z der Savigny-Stiftung, germanistische Abth. III 49 ff.

[3] Brunner a. a. O. S 24.

[4] Brunner a. a. O. S 22. 25 f. Anders, mehr zu Gierke neigend, Frauenstädt, Blutrache S 24.

[5] Anders Gierke, Genossenschaftsrecht I 418: „Das eigentliche Subject des genossenschaftlichen Rechts war die dauernde, mit dem Wechsel der Individuen nicht wechselnde, die Jahrhunderte überdauernde Einheit der Familie.“

der Ehre des Namens und des Geschlechts zu Liebe von dessen zeitigen Vertretern und Häuptern in dieser Richtung Verfügungen getroffen werden, die über ihr Leben hinausreichen, zuerst durch Vereinbarung, dann durch autonomische Satzung, und etwa Primogeniturerbrecht, Ausschluss der Töchter von der Erbfolge u. dgl. festgesetzt oder auch Familienfideicommisse errichtet werden, so liegt darin nur eine Steigerung und Verschärfung der rechtlichen Vorschriften zu Gunsten der sittlichen oder als sittlich erachteten Familienidee, keineswegs aber die Herstellung eines neuen Rechtsgebildes, keineswegs die Erhebung der Familie zum Rechtssubject. Die Primogeniturordnung ist rechtlich gleichwerthig und gleichgeartet mit Notherbrecht, und ob sie vom Gesetz oder durch Vertrag oder aus Autonomie herrührt, ist ebenfalls rechtlich gleichgiltig.

2. Die Familie ist aber nicht nur ein, Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft umfassendes Gedankenbild, sondern auch eine Realität, soweit sie nämlich aus der Gesammtheit der durch die Bande des Bluts vereinigten (gleichzeitig lebenden) Personen besteht. Zu der Familie in diesem Sinne gehören nur die Lebenden, nicht die Ahnen und nicht die künftigen Geschlechter. Diese Familie ist also eine wirkliche Personengemeinschaft, eine menschliche Verbindung, und zwar jedenfalls sittlicher Natur, eine sittliche Gemeinschaft. Ob auch Rechtsgemeinschaft im Sinne einer corporativen Einheit mit besonderem Recht und Vermögen über den Familiengliedern? Man nimmt vielfach[6] eine solche beim hohen Adel an, meines Erachtens mit Unrecht. Denn die Familie ist auch hier nicht zur Rechtspersönlichkeit geworden, welche selbständig in Rechtsverkehr tritt und Subject von Rechten und Pflichten wird. Alle Rechte und Pflichten ruhen auf den einzelnen Gliedern der Familie, sei es in Folge Vertrags, sei es auf Grund von Autonomie. Beides, Rechtsgeschäfte (namentlich Erbverträge, Ganerbschaftsverträge, Erbverbrüderungen u. s. f.) und Familiengesetzgebung machen die Familie nicht zur Rechtsgemeinschaft im Sinne einer „Gesammtpersönlichkeit“, weil durch beides keine gesonderte Privatrechtssphäre der Familie geschaffen wird, sondern blos die Rechte der Mitglieder betroffen werden. So wenig wie der Staat, einfach als souveräne Macht gedacht, dadurch dass er Gesetze über Erbrecht giebt, juristische Person wird, sondern blos als Fiscus, als Vermögensrechtssubject diesen Charakter annimmt, so wenig wird die Familie durch ihre Autonomie, vermöge deren sie Gesetze über das Familien- und Erbrecht ihrer Angehörigen giebt, zur juristischen

[6] Gierke, Genossenschaftsrecht I 413 ff.

Person. Die Familie ist in vermögensrechtlicher Beziehung nie über das Gesammthandverhältnis hinausgekommen und daher von den juristischen Personen auszuschliessen.

Als Rechtsgebilde, für welche zu untersuchen ist, wie weit das deutsche Recht des Mittelalters in ihnen das Wesen der juristischen Person zur Erscheinung gebracht hat, sind zu nennen die Genossenschaften in ihren verschiedenen Gestalten als landwirthschaftliche, gewerbliche oder reine Vermögensgenossenschaften, die Stadtgemeinden, der Fiscus, die kirchlichen Anstalten und die Stiftungen.

Erstes Kapitel.

Die Genossenschaften[1].

I. Landwirthschaftliche Genossenschaften.

A. Dorf- und Markgenossenschaften.

§ 56. 1. Freie Dorf- und Markgenossenschaften.

Die juristische Persönlichkeit dieser Dorf- und Markgenossenschaften war von Anfang an vorhanden, weil die ökonomische Grundlage, die sie hervorgerufen hat und auf der sie erwachsen sind, von vorneherein als einheitliches Ganzes zu bestimmtem Zwecke entstand und die Existenz und die Rechte der Genossenschaft geradezu einzig maassgebend bedingte. Es ist da schon ein Unterschied von principieller Bedeutung zwischen Markgenossenschaft und Familie zu statuieren: die Familie ist vorhanden, bevor sie ein Familiengut hat, und besteht fort, auch wo sie völlig verarmt, die Markgenossenschaft dagegen wird erst durch die Mark geschaffen, vorher existiert sie nicht als rechtliche Einheit, sondern eben nur als Geschlecht oder Geschlechterverbindung.

So viel Dunkel auch über den ältesten Ansiedlungen der Germanen in dem heutigen Deutschland liegt, darüber kann kein Zweifel bestehen, dass grössere oder kleinere Abtheilungen des Volkes, einzelne Geschlechter oder Verbände mehrerer Geschlechter zum Zwecke des Anbaues und der Bewirthschaftung jeweilen ein Landgebiet in

---

[1] Gierke, Das deutsche Genossenschaftsrecht. 3 Bände. Berlin 1868—1881.

einem durch natürliche Grenzen gezogenen Umfange besetzten, und dass, indem dieser von der Natur selbst bewirkten Grenzbezeichnung noch nothdürftig durch Menschenhand, etwa durch Waldmarken längs der bewaldeten Berghöhen, nachgeholfen wurde, die Mark entstand, die wirthschaftliche und rechtliche Grundlage der Gemeinschaft. Und sofort für die erste Nutzbarmachung kommt ein einheitlicher Wille der Gesammtheit zur Geltung und bestimmt Maass und Umfang der Loose und Art und Weise der Bewirthschaftung. Ausserordentlich langsam entwickelt sich auf dem Boden und innerhalb einer solchen Mark ein Privateigenthum der Einzelnen an Grund und Boden, am frühesten vielleicht blos in Bezug auf das Gehöfte, das Wohnhaus mit dem dasselbe umgebenden Hofraum; das Pflugland wird noch immer in periodischem Wechsel jeweilen aus der reichlich vorhandenen Feldflur genommen und vertheilt, Wald und Weide dagegen bleiben nur gemeinschaftlicher Nutzung überlassen.

Nach der Völkerwanderung erscheint zwar auch die Feldflur dauernd getheilt und in Sondereigen geschieden, aber — und das ist wirthschaftlich und in Folge davon auch rechtlich maassgebend geworden — die Mark ist dadurch nicht aufgelöst oder auch nur geschmälert; das Sondereigen ist nicht aus der Mark ausgeschieden, so dass blos noch Wald und Weide das Markvermögen bildeten und nur in Bezug auf sie die Markgenossenschaft bestünde, sondern das Sondereigen bleibt nach wie vor Bestandtheil der Mark. In drei Complexe ist dieselbe nun gegliedert: den Dorfetter, d. h. die eigentliche Dorfanlage mit den dazu gehörigen Hofräumen und Gärten (Bünten), gegen das Feld durch den Zaun, Etter, abgeschlossen, sodann die Feldflur, und endlich die Almeinde oder Almend, das eigentliche Gemeinland. Die wirthschaftliche Eintheilung drückt sich hierin aus, im wesentlichen den drei Seiten der Haus- und Gartencultur, des Ackerbaues und der Weide- und Waldwirthschaft entsprechend, somit allerdings wirthschaftliche Gegensätze zur Erscheinung bringend. Aber diese Gegensätzlichkeit hat sich nicht zur wirthschaftlichen Trennung erweitert, sondern sich der wirthschaftlichen Zusammengehörigkeit untergeordnet, so dass die Mark als festgeschlossene wirthschaftliche Einheit und jene drei Bestandtheile als nothwendig zusammengehörend erscheinen.

Denn in der Mark hat keiner der drei Hauptbestandtheile und noch weniger der Besitz eines einzelnen Genossen ein für sich bestehendes wirthschaftliches Dasein, jeder dient dem andern und dadurch dem Ganzen und ist durch die mannigfachsten Rücksichten auf den andern gebunden, alles durchkreuzt sich in gegenseitigen Ver-

pflichtungen und Berechtigungen von Etter zu Feldflur und von dieser zur Almend und umgekehrt und innerhalb jedes Theiles von Genossen zu Genossen u. s. w. So, um nur weniges hervorzuheben, dient einerseits der Wald den Bedürfnissen der Gehöfte für Bauten und Einhegung, aber es ist andererseits Haus und Hof selbst durch Rücksichten auf das gemeine Interesse am Waldbestande gebunden und der Eigenthümer eines Hauses der genossenschaftlichen Controle bezüglich Instandhaltung der Gebäulichkeiten unterworfen[2]; die Almend ist der Nutzung der Sondergüter dienstbar gemacht, zugleich aber auch die Feldflur in ihrer Brachzelg behufs Erleichterung der Almend dem gemeinsamen Weidgange und andern gemeinschaftlichen Zwecken gewidmet[3]; endlich der einzelne Genosse steht bezüglich der Bewirthschaftung seines Landes unter den strengsten Gemeinschaftsrücksichten, wie solche die Dreifelderwirthschaft mit Nothwendigkeit fordert, und wie sie sich in dem unnachsichtlich durchgeführten Flurzwange der Feldgemeinschaft geltend machen, der Einzelne ist den Anordnungen der Gesammtheit und dem gemeinsamen Handeln in Bewirthschaftung seiner Aecker, Wiesen, Weinberge unterworfen und darf sein in der Feldflur liegendes Sondereigen, Wiesen und Aecker, in der offenen Zeit dem gemeinen Gebrauche nicht schliessen[4]. So greift alles in einander zu Vermittlung der allseitigen Interessen. Und dieser Zustand, wo keiner so ganz sein eigener Herr ist, wird erträglich, ja selbst befriedigend nur durch die Gegenseitigkeit in Recht und Pflicht, die Gegenseitigkeit, welche die Machtsphäre des Einzelnen gegenüber den andern um eben dasselbe erweitert, als es sie einschränkt, indem sie dem Einzelnen, was er sich auf seiner Hufe von den andern muss gefallen lassen, in gleicher Weise gegenüber allen andern Hufen zu üben gestattet. Aber alle diese so vielfach verschlungenen verschiedenen Interessen dienen einem Zwecke und einem Interesse, in welchem sie sich auch in eine Einheit auflösen, sie stehen unter der Herrschaft eines einheitlichen Gedankens und eines einheitlichen Willens, der von der Gesammtheit der Genossen als Ganzem getragen ist, die Markgenossenschaft ist ein wirklicher Organismus, der alle seine Theile nur zu Organen macht, die ihm dienstbar sind, und alles, was für sich allein betrachtet Gegensatz und Widerstreit von Einzelinteressen ist, in Harmonie und Interesse des Ganzen auflöst.

Dieses gegenseitige Dienen in Unterordnung unter das wirth-

---

[2] Gierke a. a. O. II 210.
[3] Gierke II 213. 220. [4] Gierke II 214.

schaftliche Interesse der gesammten Mark bringt es mit sich, dass schon von rein wirthschaftlichem Gesichtspunkte aus in dem einen Anwendungsfalle ein Factor dieses Wirthschaftslebens als der herrschende erscheint, welcher in dem andern Anwendungsfalle als der dienende auftritt. Heute figuriert die Almend als das mächtige Fundament einer Vermögensgenossenschaft, nach welchem sich die kleinen Sondergüter richten und strecken müssen, morgen erscheint sie in der demüthigen Gestalt der Unterwerfung unter die Wünsche und Bedürfnisse der Sondergüter. Und da nun diese Gegenseitigkeit nicht blos wirthschaftlicher Natur bleiben kann, sondern auch Rechte und Pflichten erzeugen, also auch auf dem Rechtsgebiete sich äussern muss, so ergiebt sich nothwendig, dass die dadurch erzeugten Rechtsverhältnisse auch in den Rechtsquellen und in der Rechtssprache einen sehr verschiedenen Ausdruck finden, je nachdem gerade das Gewicht auf die eine oder die andere Seite gelegt ist: wo die Mark als Ganzes, als die herrschende Capitalmacht der Genossenschaft in Frage steht, etwa eine Villa mit allem ihrem Grund und Boden veräussert wird, erscheint sie als Einheit, in welcher alles, was zu ihrem Bestande gehört, ihre integritas[5] bildet, also die Einzelhöfe mit ihren Aeckern und Wiesen wie die Almend ihre Bestandtheile oder ihre Pertinenzen sind, zu ihr gehören. Da sind aedificia und domus und curtes so gut wie pascua und silvae die pertinentia. Dagegen wo das Sondergut, ein einzelner Hof, in Rechtsverkehr gelangt, wird die Almendnutzung als Zubehörde desselben aufgeführt. So gehört die Almend sowohl der Mark im ganzen als den Gütern im einzelnen, die Hufe der Feldflur und dem Hofe u. s. f. Das ist vom wirthschaftlichen Gesichtspunkte aus gedacht und aufgefasst, und drückt in prägnanter Weise das eben Gesagte aus, dass alles als nothwendiges Glied der Gesammtwirthschaft der Mark zu einander gehört und sich gegenseitig dienstbar gemacht ist. Wenn das dann einfach in die Rechtssprache übersetzt worden ist und z. B. in Unterwaldner Einungsbüchern gesagt wird, die Alpen seien Eigenthum der Gemeinde, und die Seite nachher: die Alpen seien Eigenthum der Güter, so muss man eben eins durch das andere ergänzen und sich wohl hüten, einen solchen einzelnen Ausspruch für sich gesondert herauszugreifen und ihn in seiner Isoliertheit zum Ausgangspunkte einer juristischen Construction des Verhältnisses machen zu wollen, welche dann nothwendig unvollständig, einseitig und daher falsch ausfallen muss.

Ganz ebenso verhält es sich mit der Ausdrucksweise der Rechts-

[5] So Cod. Lauresh. I Nr 27. Gierke II 83 Anm 14.

quellen nach einer andern, uns hier noch näher berührenden Richtung. Es ist ebenfalls nur Ausdruck der wirthschaftlichen Verhältnisse, wenn die Mark bald als Eigen der communitas oder universitas villanorum, bald als gemeinen Märkern gehörig bezeichnet wird[6], je nachdem es sich um das Gesammtrecht an der Mark als Ganzem oder um die Nutzungen der Einzelnen handelt oder wenigstens diese oder jene Rücksicht im Vordergrunde steht. Auch hier geht es nicht an, einseitig einen dieser Ausdrücke zur Basis des rechtlichen Baues zu machen; man muss im Auge behalten, dass die verschiedenen wirthschaftlichen Combinationen zu ebenso vielfachen und eigenthümlich verschlungenen Rechtsverhältnissen führen.

Um nun aber einen sicheren Boden für die juristische Construction zu gewinnen, bleiben wir vorerst bei den Mark- und Dorfgenossenschaften der ältesten Zeit stehen, wo die Verhältnisse in zweifacher Beziehung noch am einfachsten lagen, nämlich weder durch grundherrschaftliche Einflüsse und Berechtigungen, noch auch durch Unterscheidungen und Spaltungen der nutzungsberechtigten Genossen und der von der Nutzung ausgeschlossenen Beisassen innerhalb der Gemeinde und deren Mark compliciert und wohl auch getrübt waren. Wir denken uns also die Mark von einer Vereinigung freier Männer in Besitz genommen; diese Genossen, gleichwie sie die Feldmark in gleichen Loostheilen den Haushaltungen entsprechend unter sich vertheilen, haben auch gleichen Genuss der Almend, welche noch genug Ertrag bietet, um jedem die Nutzung zu vollem Bedarf seiner Separatwirthschaft zu gewähren. Werden je, wozu selten genug mag Anlass gewesen sein, Einzüglinge als Genossen aufgenommen, so erhalten sie ein Landloos in der Feldflur und die Almendnutzung auf gleichem Fusse mit den bisherigen Genossen. Hier ist nun sofort darauf aufmerksam zu machen, dass diese ursprünglichen Dorf- und Markgenossenschaften eine rein privatrechtliche Existenz haben, in ihrer ältesten Gestalt kein Organ der Staatsgewalt bilden, keine öffentlich-rechtlichen Aufgaben und Zwecke verfolgen[7]. Denn der

---

[6] Viele Beispiele bei Gierke II 157. 170—175.

[7] Hierin befinde ich mich in vollem Gegensatze zu Gierke (I S 70 Anm 35, S 208), der ihnen auch politische und religiöse Bedeutung und Zwecke giebt. Aber alle diese anderweitige Bethätigung, namentlich die gerichtliche in den späteren Hofgerichten der Grundherrschaften, ist kein Ausfluss des Genossenschaftswesens und wäre auch ohne jede markgenossenschaftliche Grundlage entstanden. Ich kann mich hierüber unmöglich an dieser Stelle mit Gierke auseinandersetzen, der Gegensatz betrifft die Grundauffassung des deutschen Verfassungslebens. Vgl. die Vorrede Sohms zu der fränk. Reichs- und Gerichtsverfassung.

Staatsorganismus schliesst mit der Hundertschaft ab, und wenn es auch möglich ist, dass hie und da Hundertschaft und Markgemeinde zusammengefallen sind, so ist das für das Recht gleichgiltig, weil zufällig; die Markgemeinde hatte alsdann politische Bedeutung, nicht weil sie Markgenossenschaft war, sondern weil sie zugleich Hundertschaft war. Von den öffentlichen Aufgaben, welche später grundherrlichen Marken in Folge der Immunität und der Ertheilung einer Patrimonialgerichtsbarkeit u. s. f. zu Theil geworden sind, sehen wir hier ebenfalls ab, weil das etwas der Markverfassung von aussen Zugekommenes, nicht aus ihrem eigenen Wesen Entsprungenes ist. Die alten Marken sind also keine dem Staatsorganismus dienenden politischen Bezirke des Staatsgebietes, sondern Privateigenthum der Gemeinde und nur solches, und alles, was das Markrecht und die Rechtsverhältnisse an und in einer Markgemeinde betrifft, gehört dem Privatrechte an. Dies ein für allemal festzuhalten erscheint wünschenswerth und nothwendig, damit jede Berücksichtigung öffentlich-rechtlicher Momente bei Ermittlung der juristischen Natur dieser Genossenschaften von vorneherein ausgeschlossen sei. Es geschieht nämlich leicht und gern, dass man solche der Markgemeinde übertragene öffentlich-rechtliche Functionen zu dem Beweise ihrer Natur als juristischer Personen verwendet, eben darum mit Unrecht, weil diese Functionen nichts den Markgenossenschaften Inhärierendes sind. Wir dürfen uns den Blick durch solche Zugaben nicht trüben lassen und die Markgenossenschaften nur als das nehmen, was sie von Haus aus sind, als Privatrechtsinstitute.

Ein Privatrechtsinstitut aber ist die Markgenossenschaft von Anfang an dadurch geworden, dass sie auf der Basis eines Vermögensobjectes und mit der Befähigung, darüber in privatrechtlichen Verkehr zu treten, gegründet worden ist. Bevor das geschah, hat sie ja allerdings schon als eine gewisse Vereinigung bestanden, mögen wir sie uns als Familien- oder Geschlechterverbindung oder als Abtheilung des Volksheeres oder als beides denken, aber ohne Besitznahme der Mark und Begründung einer privatrechtlichen Existenz auf dieser Grundlage wäre sie für das Recht ausser Betracht geblieben, keine Privatrechtsgenossenschaft geworden, wie die Familien und Geschlechter das ja überhaupt nicht geworden sind; sie wäre wohl auch als sittliche Gemeinschaft spurlos verschwunden, aufgelöst in neue staatliche und sociale Verbände. Indem sie die Mark gründete, schuf sie sich eine Existenzmöglichkeit, nicht auf dem Boden des öffentlichen, sondern auf dem des Privatrechtes, und die Mark ist das Vermögensobject, auf dem die Genossenschaft beruht und um dessent-

willen, d. h. um dessen zweckmässigster Bewirthschaftung willen, sie besteht.

Wie nun nach dem Bisherigen die Mark als Ganzes, als das gesammte in Besitz genommene und der Bewirthschaftung unterworfene Landgebiet, sowohl wirthschaftlich als historisch den Ausgangspunkt bildet, so muss es auch für die juristische Betrachtung der Fall sein. Denn für das rechtliche Wesen der Markgenossenschaften ist doch schliesslich entscheidend, wem das Recht an der Mark in ihrer Gesammt- und Einheit zusteht, in welchen Bahnen der Rechtsverkehr an der Mark als einem Ganzen (integritas) sich bewegt, wie die Rechtsverhältnisse der Mark als solcher nach aussen und nach innen sich gestalten, nicht aber Umfang und Art und Weise der Nutzungen der Genossen unter einander. Wie die Mark die alles in sich schliessende Vermögenseinheit ist, innerhalb deren alle Unterschiede von Sondereigen, Feldflur, Almend verschwinden, wo sie als Ganzes auftritt, so ist sie auch als Ganzes Rechtsobject und Gegenstand des Privatrechtsverkehrs. Davon wollen wir hier ausgehen.

Es ist möglich, die Mark als Ganzes, als einheitliches Vermögensobject zu veräussern, unter Vogtei zu stellen, dinglich zu belasten. Bekannt ist die Uebergabe der villa Bernheim unter kaiserliche Vogtei durch die villani[8]; ebenso finden wir die Belastung der Mark mit einem Zehnt, effestucatio durch die Gesammtheit[9]; die Gemeinde führt Prozesse nach aussen und nach innen, gegen Auswärtige und gegen eigene Genossen[10] über den Bestand ihrer Mark als eines Ganzen. Gleicherweise und noch häufiger gelangt ein einzelner Theil der Mark in Verkehr, z. B. die Almend oder ein Stück derselben wird veräussert, wird Gegenstand eines Prozesses u. dgl.[11].

Wer ist es nun, der in dergleichen Fällen, bei Auflassungen, Belastungen, Prozessführungen, als das über die Mark oder deren Theil verfügende Rechtssubject figuriert? Es ist schon bemerkt worden, dass sich die Quellen sehr verschieden ausdrücken; bald und in der Regel sagen sie: die gemeinen Märker, die Dorfleute, die Märker gemeinlich u. dgl., bald (seltener) die Gemeinde, communitas villanorum, universitas commarcanorum, bisweilen homines sive communitas, Gemeinde und Einwohner[12]. Je nachdem man den einen oder

[8] Urk. von 1172 bei Höfer, Z f. Archivkunde II 486.

[9] Beispiele zahlreich bei Gierke, bes. II 157. 184.

[10] Gierke II 520. 186, bes. die Urk. daselbst S 150 Anm 35: die Gemeinde klagt, einzelne Gemeindeglieder hätten der gemende sich ane genomen, daz si ir salde sin und nicht der gemende.

[11] Gierke II 183. [12] Gierke II 170—176.

den andern Ausdruck urgiert, könnte man daher auf Miteigenthum oder juristische Person rathen, aber ein zwingender Schluss ist aus diesen Ausdrücken nicht zu ziehen. Um so bemerkenswerther, ja geradezu entscheidend ist der Umstand, dass (von bald zu besprechenden kleinen Schwankungen abgesehen) nirgends in allen diesen Fällen ein Gesammthandverhältnis angenommen ist: nie verfügen die Markgenossen mit gesammter Hand über die Mark oder Theile derselben, alle Verfügung erfolgt auf Grund von Gemeindebeschlüssen, welche den Willen der Genossenschaft als einer Gesammt- und Einheit zum Ausdrucke bringen[13]. Es darf nun aber wohl, ohne dass Widerspruch zu besorgen wäre, behauptet werden, dass, wenn das Eigenthum an der Mark sich als eine Art des Miteigenthums der Genossen, die Markgenossenschaft sich als eine Gemeinschaft dargestellt hätte, dann auch die Form der Gemeinderschaft die durch die Natur der Sache gegebene gewesen, die Mark also der Verfügung mit gesammter Hand unterlegen wäre, die Rechte der Genossen sich durch Gesammthand geäussert hätten: denn für reines Miteigenthum ohne communis manus hätte es doch gar zu sehr an allen Bedingungen gefehlt. Aber auch die gesammte Hand ist des entschiedensten ausgeschlossen, und das beweist besser als sonst etwas, dass das Recht hier auf einem andern Boden steht, nicht auf dem der Gemeinschaft, sondern — es bleibt nichts anderes übrig — auf dem der juristischen Person. „Die Märker gemeinlich, die gemeinen Märker", das will sagen: die Märker in ihrer Gesammtheit, die Märker als Einheit. Auch hier wieder ist nicht das Entscheidende, ob es heisst, es geschehe etwas mit der Gemeinde Willen, mit der Bauersame Rath, oder: es geschehe mit Wissen und Willen der Genossen, mit gemeinem Rath der Dorfleute[14], ebensowenig ob der Beschluss einer Genossenschaftsversammlung als Ausdruck eines einheitlichen Willens der Gesammtheit oder als Uebereinkunft der Märker bezeichnet wird; das Maassgebende und juristisch Erhebliche ist, dass überhaupt alle Verfügung aus einem Gemeindebeschluss hervorgehen muss. Das ist ein bestimmter rechtlicher Gegensatz zum Gesammthandprincip. Wir sehen nämlich, dass bei Gesammthandverhältnissen eine vorherige Verständigung und Vereinbarung der Gemeinder keine Bedeutung nach aussen hat, die Gesammthänder müssen dem Dritten das Gut communibus manibus auflassen, wenn es sein werden soll; falls daher nur einer von ihnen, wenn auch

---

[13] Villani unanimiter promiserunt, heisst es etwa: Baur, Hess. Urk. I Nr 26, nicht communi manu. Vgl. daselbst Nr 171. 172.

[14] Gierke II 476 f.

vielleicht auf Grund vorherigen Beschlusses sämmtlicher Gemeinder, die Tradition und Auflassung vollzieht, so muss er sich für die andern verbürgen und dieselben zu nachträglicher Auflassung herbeibringen, und der dritte Erwerber hat gegen einen die Tradition später anfechtenden Gemeinder nicht die Einrede, er habe im Familienrath selber für die Veräusserung gestimmt. Wie anders bei Mark- und Dorfgemeindebeschlüssen, wo der Beschluss nicht blosse interne Vereinbarungen der Genossen unter sich ist, sondern den Willen der Gesammtheit ausspricht, auf Grund dessen die Vollziehung des Geschäftes nach aussen durch die Gemeindevorsteher erfolgt, ohne dass die einzelnen Genossen hiebei noch etwas zu thun hätten. Darum ist es auch für diese Gegensätzlichkeit eines Gemeindebeschlusses gegen Vereinbarungen von Gemeindern rechtlich gleichgiltig, ob zu einem solchen Gemeindebeschluss Einstimmigkeit der Genossen nöthig ist oder die Mehrheit der Stimmen genügt, denn auch im ersteren Falle ist der rechtliche Unterschied gegenüber der Gesammthand so, wie wir ihn eben fixiert haben, vorhanden.

Wir erinnern uns hier des schönen Wortes von Savigny: „Die Jugendzeit der Völker ist arm an Begriffen, aber sie geniesst ein klares Bewusstsein ihrer Zustände und Verhältnisse, sie fühlt und durchlebt diese klar und vollständig[15]." Auch hier finden wir es bestätigt. Begriffe und Definitionen von Gemeinderschaft und juristischer Person sind nicht vorhanden und kommen am wenigsten in der naturwüchsigen Sprache der Weisthümer zur Erscheinung. Aber das Wesen der juristischen Person ist mit der ersten Entstehung der Markgenossenschaften vorhanden, und dass es in klarem Bewusstsein lag, beweist eben die sichere Abgrenzung dieser Verhältnisse von den Gemeinderschaften und der Gesammthand. Nur ganz ausnahmsweise begegnen uns in den Quellen Beispiele, die Zweifel daran erregen könnten, dass man sich des Gegensatzes wirklich bewusst war. Aber sie erklären sich alle dadurch, dass sie Fälle betreffen, in welchen es wohl factisch zweifelhaft war, ob eine Genossenschaft oder eine Familiengemeinderschaft vorliege, und daher ein Schwanken in der Bezeichnung erklärlich war. So in der Urk. C. d. Fuld. Nr 471, wo eine Rodung durch mehrere persönlich und in eigenem Namen handelnde Genossen als Miteigenthümer verkauft wird; diese „Rodungsgenossenschaft", wie sie Schröder und Lörsch[16] nennen, war jedenfalls nicht eine Markgenossenschaft, sondern viel eher eine Ganerb- oder

[15] Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung § 2.
[16] Urkunden zur Gesch. des deutschen Rechts, 2. Aufl., Nr 53.

Gemeinderschaft. Aehnlich mag es sich verhalten mit den socii in demselben C. d. Fuld. Nr 165. Und dann haben sich oft grosse Familien, die noch in erster Zeit als Gemeinderschaften auftreten, später zu Gemeinden erweitert und doch ihren Namen Ganerbschaft behalten. Dahin gehören vielleicht die coheredes und commarcani der Freisinger Urkunde Nr 129, später die coheredes parochiis Synzege et Lundorp attinentes, qui in vulgari markere appellamur[17], ebenso manche sog. Ganerbschaften in der Pfalz[18], die in Wirklichkeit Genossenschaften sind und bei denen noch zu untersuchen wäre, ob der Name nur später gewählt ist oder ob sie aus alten Gemeinderschaften hervorgegangen sind.

Hätten wir es nun bei den Markgenossenschaften nur mit diesem Verhältnisse gegenüber der Aussenwelt, mit ihrem Auftreten als Einheit im Rechtsverkehre zu thun, so läge die Frage nach der juristischen Natur derselben wohl unwidersprechlich einfach genug: es könnte ihnen billigerweise der Platz unter den juristischen Personen, speciell unter denjenigen, die man gemeiniglich Corporationen nennt, nicht versagt werden. Aber man hat in den inneren Beziehungen der Genossen zu der Gesammtheit und zu ihrem Vermögen Schwierigkeiten gefunden. Jene Mannigfaltigkeit der Interessen und jenes gegenseitige Dienen und Herrschen, wie wir es schon auf wirthschaftlichem Boden gefunden, hat auch in der rechtlichen Gestaltung der Verhältnisse zu scheinbar proteusgestaltigen Complicationen geführt. Da ist zunächst innerhalb der Mark selber wieder Sondereigen entstanden, welchem die verschiedenen Bestandtheile der Mark, jeder in verschiedenem Grade, dienstbar gemacht sind. Damit scheint das Recht der Gesammtheit wieder völlig verflüchtigt in lauter Sonderrechte der Genossen, die Persönlichkeit der Genossenschaft wieder aufgelöst in eine Menge physische Rechtssubjecte. Am auffälligsten tritt das da hervor, wo eine Dorfmark blos aus einer Feldflur besteht: sie existiert als Ganzes, als einheitliches Object, und ist doch ganz in Sondereigen der Genossen aufgetheilt; also lauter Hufen der Genossen, ihrem Privateigenthum zugeschieden, und doch ein von den Hufen unabhängiges Ganzes, das vielleicht durch einfachen Mehrheitsbeschluss der Gemeinde unter Vogtei gestellt, mit einem Zins oder einem Zehnt belastet werden kann. Und wo noch eine Almend hinzukommt, dient

---

[17] Mone, Z für die Gesch. des Oberrheins V 419. Etwas ähnliches MR. UB. I Nr 494.

[18] v. Maurer, Gesch. der Markenverfassung S 23. 34. 75. 112 Anm 14. 473 ff.

sie beinahe ausschliesslich, wenn auch nicht in so intensiv gesteigerter Weise wie die Feldflur, der Privatnutzung der Genossen, wird als zu den Höfen gehörig bezeichnet, und doch ist wiederum die Almend als Ganzes der Verfügung, der Veräusserung oder der Belastung durch die Genossenschaft als solche auf Grund Gemeindebeschlusses anheimgegeben, daher Weisthümer etwa sich dahin ausdrücken: der Gemeinde gehöre die Mark und den Genossen die Almend.

Noch mehr: die Privatinteressen und die Einzelrechte der Genossen scheinen in den inneren Verhältnissen der Mark so zu überwiegen, das Recht der Gesammtheit erscheint hier ihnen gegenüber so lahm gelegt, dass selbst die ausschliesslich zu Gemeindegebrauch gewidmeten Objecte fortdauernd als Bestandtheile der Almend behandelt werden und der Gebrauch derselben zu Gemeindezwecken unter dem allgemeinen Begriffe der Almendnutzung aufgeht. So giebt es etwa in der Mark besondere Stücke, welche dem Privatgenusse der einzelnen Genossen entzogen entweder als zu öffentlichem Gebrauche bestimmte Sachen aufzufassen sind, wie Gemeindeplätze, Wege und Stege, Dorfthore u. dgl., oder geradezu als Sondereigen der Gemeinde innerhalb der Mark, in gleichem Sinne wie das Sondereigen der Genossen an ihren Hufen, erscheinen sollten, z. B. Gemeindehäuser u. dgl. Aber das ist nicht der Fall. Diese Objecte sind von der übrigen Almend begrifflich nicht getrennt gehalten, und daher auch Gebrauch der Genossenschaft und Nutzung der Genossen begrifflich nicht geschieden, und von jenen Gemeindeplätzen und Wegen wie von den Gemeindehäusern heisst es so gut wie von Weide und Wald, dass sie der Nutzung der Genossen gehören.

Der Nutzung sodann entsprechen Lasten. Es ist natürlich, dass die zur Erhaltung des Gemeinlandes in ertragsfähigem Stande nöthigen Leistungen den Genossen obliegen, weil diese Leistungen das selbstverständliche Aequivalent der Privatnutzung sind, dass also etwa Arbeiten, welche für Bewässerung oder Entsumpfung u. dgl. nothwendig erscheinen, auf sämmtliche Nutzungsbetheiligte umgelegt werden. Aber auch Leistungen und Abgaben, welche der Genossenschaft als solcher obliegen, wie etwa ein von ihr übernommener Vogteizins oder dgl., werden oft von jenen Lasten der Genossen nicht sauber getrennt gehalten, sondern der Berechtigte erhebt sie direct von den Genossen.

Das sind so einzelne Erscheinungen, welche den Gedanken nahe legen, dass nach verschiedenen Seiten in der Verwaltung der Mark die Rechte und die Pflichten der Gesammtheit und die der Einzelnen nicht scharf gesondert gehalten sind. Dadurch konnte man sich ver-

anlasst finden, auch bei dem Versuche juristischer Construction dieser Genossenschaften auf eine bestimmte Formulierung zu verzichten und sich mit der Auskunft zu begnügen, dass das Rechtssubject „eben eine Gesammtheit sei, welche Einheit und Vielheit zugleich war, Gesammtheit der Genossen ohne irgend welche begriffliche Trennung ihrer einheitlichen und vielheitlichen Seite, die Gesammtheit sowohl in ihrer Einheit als in ihrer Vielheit Subject sei, eine Identificierung von Einheit und Vielheit vorliege, das genossenschaftliche Gesammteigenthum ein auf der Verbindung von Gesammteinheitsrecht und Gesammtvielheitsrecht beruhendes Rechtsverhältnis sei“ [19]. Oder darf man diese Formulierungen nicht blosse Auskunftsmittel nennen? Ich gestehe, dass Gierkes immer wieder erneuertes, bis zur Ermüdung und Erschöpfung durch Hunderte von Seiten fortgesetztes Ringen und Suchen nach einem befriedigenden Ausdrucke dieser Idee mir den Eindruck der eigenen Resignation auf eine genügende Formulierung des Verhältnisses macht. Mit jenen Fassungen ist an sich schon der Verzicht auf juristische Construction ausgesprochen, wie es ja auch unmöglich ist, sie mit einem präcisen rechtlichen Inhalte auszufüllen. Es muss und kann ein bestimmterer Begriff gefunden werden, und zwar ist es doch nur die Rechtsform der juristischen Person schlechtweg, welche anerkannt werden muss, schon darum, weil die in obigen Formeln figurierende „Vielheit“, wenn sie etwas juristisch Fassbares sein soll, im altdeutschen Rechtssysteme als Gesammthand hätte sichtbar werden müssen, die Gesammthand aber, wie schon bemerkt, der Markgenossenschaft fremd ist.

Ein Hauptgrund, der Gierke von der Annahme einer reinen juristischen Person scheint zurückgehalten zu haben, ist der, dass diese Auffassung und das daraus abgeleitete ausschliessende Eigenthum der Gesammtheit als solcher für die Einzelnen nur Rechte an fremder Sache offen gelassen hätte [20]. Man muss Gierke völlig beistimmen, dass die Nutzungen der Genossen nimmermehr als Rechte an fremder Sache können construiert werden, aber man darf mit Fug die Behauptung ablehnen, dass Auffassung der Nutzungen als jura in re aliena nothwendige Consequenz des ausschliessenden Eigenthums der Gesammtheit sei.

[19] So Gierke, Genossenschaftsrecht II 170. 175. 178. 332 und sonst durch das ganze Buch.

[20] Er sagt II 329: „Das einheitliche Moment war vorhanden und wurde empfunden; sehr fern aber lag es den Gemeindegenossen, daraus ein ausschliessendes Eigenthum einer juristischen Person abzuleiten, welches für die Einzelnen nur Rechte an einer fremden Sache offen gelassen hätte.“

Ich unterlasse es absichtlich, von Nutzungsrechten der Genossen an der Almend zu reden; ich ziehe vorläufig vor, nur von Nutzungen der Genossen zu sprechen. Ein Recht auf die Nutzung hat der einzelne Genosse allerdings kraft seiner Mitgliedschaft im Rahmen und nach Maassgabe der Dorfstatuten oder was deren Stelle vertritt (Gewohnheitsrecht); wer ihn an der Ausübung seiner Nutzung, so wie sie nach Ortsrecht zulässig ist, verhindert, sei es die Gemeinde selbst oder ein Genosse, verletzt sein Recht und kann gerichtlich angehalten werden, der Nutzung nichts mehr in den Weg zu legen. Aber der Genossenschaft gegenüber besteht keinerlei Nutzungsrecht des Genossen, welches sie verhindern könnte, auf ordnungsmässigem Wege, durch gesetzmässige Statutenänderung, jederzeit bezüglich der bisher dem Genossen zugestandenen Nutzungen abändernde Verfügungen zu treffen, die Nutzungen zu reducieren, dieselben ganz aufzuheben. Es ist also jedenfalls ein von dem freien Willen der Genossenschaft abhängiges Recht. Das giebt uns zunächst einen festen Standpunkt gegen die Construction der Nutzungen als jura in re aliena (Renaud sagt: servitutähnliche jura in re aliena), die von manchen Vertheidigern der Corporationsnatur der Markgenossenschaft für unentbehrlich gehalten wird. Wir wollen gar nicht einmal fragen, wie man sich denn dieses jus in re aliena, also ein dingliches Recht, denken könnte, wenn z. B. die Nutzung darin besteht, dass den Mitgliedern jährlich aus den Zinsen des Corporationsvermögens ein Schmaus bereitet wird, oder (ein Luxus alter Zeit in schweizerischen Stadtgemeinden) jeder Bürger vierteljährlich eine Geldsumme ausbezahlt erhält. Kann das nicht als jus in re aliena gedacht werden, so auch nicht das juristisch Gleichwerthige, ob der Bürger statt der Geldsumme ein Klafter Holz aus dem Gemeinwalde bezieht. Beschränken wir uns aber auch rein auf die von den Genossen durch directe Einwirkung auf die Almend (Viehauftrieb, Holzschlag) ausgeübte Nutzung, so kann dieselbe nicht als dingliches Recht an der Mark gelten, weil sie dem Eigenthum und der Verfügung des Eigenthümers, der Genossenschaft, keine Schranke zieht, das Eigenthum nicht beherrscht, sondern gegentheils durchaus von ihm abhängig ist. Rechte an fremder Sache sind Beschränkung des Eigenthums, die Nutzungen der Genossen sind Ausflüsse des Eigenthums. Das jus in re aliena ist auf Grund eines der naturgemässen Ausübung des Eigenthumsrechtes widersprechenden, sie hindernden oder aufhebenden Rechtsverhältnisses entstanden, die markgenossenschaftlichen Nutzungen dagegen erfüllen geradezu die Aufgabe und den Zweck, derentwegen das Eigenthum der Mark besteht. Der Unterschied ist einleuchtend, ob ein Mitglied einer Genossenschaft

derselben ein Anleihen macht und sich dafür auf einer ihrer Liegenschaften eine Hypothek bestellen lässt, oder ob es im Gemeinwalde das Bauholz für einen Hausbau schlägt; dort hat es ein jus in re aliena, denn dieses Pfandrecht ist von aussen her als Eigenthumsbelastung und aus einem ausserhalb des Zweckes der hypothecierten Liegenschaft entstandenen Grunde gekommen; daher ist es gleichgiltig, ob ein Genosse oder ein Fremder Hypothekargläubiger ist, und der Genosse kann sein Recht auf einen Fremden übertragen. Wo Grundbücher bestehen, wird ein solches Pfandrecht in dieselben eingetragen, gleichviel ob der Gläubiger Genosse ist oder nicht. Die Genossenschaft kann jederzeit durch Rückzahlung des Darlehns das Pfandrecht tilgen, ebenso eine auf ihre Liegenschaften gelegte Servitut loskaufen, ein Zehntrecht ablösen u. dgl. Veräussert sie die Liegenschaft, so bleibt doch das Pfandrecht, die Servitut des einzelnen Genossen unangetastet. In allen diesen Beziehungen weisen die Nutzungen der Genossen einen entgegengesetzten Charakter auf. Sie sind nicht übertragbar, keine Belastung des Eigenthumsrechtes, sind der Veränderung durch den Eigenthümer preisgegeben, dem Untergange bei Veräusserung des Eigenthumsrechtes verfallen. Sie werden nicht in das Grundbuch eingetragen; was bisweilen bei solchen Genossenschaften Grundbuch genannt wird, ist ein Personenregister, Personalverzeichnisse der bei Nutzung der Almend Betheiligten und Aufzeichnungen über das Verhältnis ihrer Betheiligung. Die Genossenschaft ist frei, durch Veräusserung ihrer Almend die Nutzungen der Genossen zu schmälern oder ganz zu zerstören, und selbst wenn hiezu Einstimmigkeit der Genossen nöthig ist, hätte eine Veräusserung ohne Einstimmigkeit nicht die Wirkung, dass die widersprechenden Genossen ihre Nutzung behalten, sondern nur die, dass sie die Veräusserung gerichtlich anfechten und als ungiltig erklären lassen können. Wenn also eine statutenwidrige Veräusserung der Almend den einzelnen Genossen nicht befähigt, seine Nutzung gegenüber dem dritten Erwerber festzuhalten, sondern blos zu Anfechtung und Rückgängigmachung des rechtswidrigen Beschlusses berechtigt, so ergiebt sich deutlich daraus, dass die Nutzung der Genossen nicht dem Eigenthum der Genossenschaft fremdartig gegenübersteht, sondern ein diesem Eigenthum entspringender Genuss ist. Sie ist so wenig jus in re aliena, dass sie vielmehr durch Statuten der Genossenschaft aufgestellt, in ihrem Umfange normiert und jederzeit durch statutengemässe Abänderungsbeschlüsse veränderlich und aufhebbar ist.

Damit sind wir schon dem weiteren Punkte ganz nahe getreten,

dass die Nutzung der Genossen mit ausschliessendem Eigenthum der Genossenschaft vollkommen verträglich ist.

Indem wir die Nutzungen der Genossen als einen dem Eigenthum der Genossenschaft entspringenden Genuss bezeichnen, drücken wir aus, dass das Vermögensobject, welches die ökonomische Grundlage der Genossenschaft bildet, und somit die Genossenschaft selbst, den Zweck hat, einer im Interesse der Gesammtheit liegenden Nutzung zu dienen, und dass dieser Zweck die Verwerthung des Ertrages des Vermögens bestimmt, selbst wenn der Ertrag den Genossen persönlich zugewendet wird. Das ist etwas ganz anderes, als wenn wir sagen: Eigenthum, Bewirthschaftung und Verwaltung seien nicht nach Gesammt- und nach Einzelzwecken gesondert, oder: Gesammtzweck der Genossenschaft und Einzelzwecke der Genossen seien identificiert. Solche schiefe Ausdrücke verleiten dann eben zu der Annahme einer Doppelnatur der Genossenschaft als einer Einheit und einer Vielheit zugleich. In diesen Nutzungen der Genossen nämlich realisieren sich gar keine vermögensrechtlichen Einzelzwecke der Genossen, sondern einzig und allein der Gesammtzweck der Genossenschaft. Daher ist es auch gar nicht auf das Interesse des Einzelnen dabei abgesehen, sondern auf das Interesse der Mark, und der Vortheil, den die einzelnen Genossen dabei haben, ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zu dem einen Zwecke rationeller Bewirthschaftung der Mark. Der Beweis hiefür liegt darin, dass bei der Zutheilung der Marknutzung an die Genossen nur das Gedeihen der Mark als eines Ganzen maassgebend ist, der bezügliche Gemeindebeschluss nothwendig in diesem Sinne juristisch aufgefasst werden muss, denn alle Einzelwünsche und Privatinteressen bleiben unberücksichtigt, und selbst wenn hinter einem Beschlusse vielleicht höchst egoistische Motive der Mehrheit stecken, so werden dieselben nicht offen gesagt, im Gegentheil sorgsam verhüllt. Alle Einzelinteressen spielen nur auf sittlichem Boden, nicht auf dem des Rechtes mit, sie sind rechtlich todt, haben keine Gelegenheit und kein Mittel, sich rechtlich zur Geltung zu bringen; denken wir uns, eine grosse Zahl von Genossen fände den dermalen bestehenden Grundsatz, dass jeder Genosse Wald und Weide in vollem Umfange des Bedürfnisses seines Sondereigens nutzen könne, ihrem Privatinteresse nicht entsprechend, sie würde nur ihre Einzelzwecke verfolgend vorziehen, ein bestimmtes Quantum Holz zu beliebiger Verwendung, auch zum Verkaufe nach aussen, zu erhalten. Diese ihre Einzelinteressen haben gar keine Möglichkeit sich geltend zu machen, solange sie nicht die Majorität erlangen, einem gegentheiligen Gemeindebeschlusse gegenüber sind sie nicht erzwingbar, und sobald sie

die Mehrheit für sich gewonnen haben, steht der durch sie hervorgerufene neue Gemeindebeschluss unter der Voraussetzung, dass damit der Gesammtzweck der Genossenschaft besser befördert werde, dass er im Interesse der Gesammtheit gefasst sei. Diese allein und ihr Zweck ist ja durch die Gemeindeversammlung repräsentiert; sollten die Privatinteressen richtig vertreten werden, so könnte es nur durch die gesammte Hand geschehen.

Man achtet doch im ganzen zu wenig darauf, wie sehr im Grunde aller Genuss der einzelnen Genossen in der Mark nur dem Eigenthum der Genossenschaft entspringt, ihm immer unterthan, von ihm abhängig bleibt; jenes Eigenthum der Gesammtheit ist das Principale, in welchem alle Nutzung des Einzelnen eingeschlossen, durch dessen Existenz alle Existenz der Einzelnutzungen bedingt ist. Was der einzelne Genosse innerhalb der Mark und von der Mark hat, das steht ihm nur unter der Voraussetzung des Eigenthums der Genossenschaft zu, nicht kraft selbständiger Berechtigung, und geht dieses Eigenthum verloren, so ist ihm auch alles, was er bisher genoss, untergegangen. Das gilt nicht nur für die Nutzung der Almend, sondern selbst für die Hufe in der Feldflur. Denken wir uns, etwa im Anschlusse an lex Alam. Chloth. 87, dass zwei Dörfer unter einander über die Grenzen ihrer Feldmark im Streite liegen, und die eine Dorfgenossenschaft ein Stück Land beansprucht, das bisher von der andern als Bestandtheil einer ihrer Zelgen bewirthschaftet und in eine Anzahl von Ackerstreifen getheilt, bestimmten Hufen und also Sondereignern zugeschieden war. Kein Gedanke, dass die Klage gegen die Eigenthümer dieser Ackerstücke gerichtet wird; damit würde der Zweck völlig verfehlt, denn die klagende Gemeinde würde selbst bei günstigstem Ausgange des Prozesses auf solchem Wege die erfochtenen Stücke nicht für ihre Feldmark gewinnen, sondern blos dieses Sondereigen in der fremden Feldmark erwerben. Sie will aber nicht Privateigen in fremder Mark, sondern Vergrösserung ihrer eigenen Mark. Sie klagt daher gegen die andere Gemeinde auf Grenzbereinigung ihrer Feldmarken, und so entsteht ein Prozess zwischen Dorf und Dorf als Eigenthümern der Marken im ganzen, und wenn die klagende Partei siegt und eine Veränderung der Grenze erlangt, wodurch ein Stück der Zelg der unterlegenen Partei muss abgetreten werden, so geht mit Uebergang dieses Stückes an die Nachbargemeinde das bisherige Sondereigen, das die Genossen der unterlegenen Gemeinde daselbst gehabt hatten, unbedingt und ohne weiteres unter, denn die obsiegende Gemeinde vergrössert nun mit diesem erstrittenen Stücke ihre Mark und damit das Sondereigen ihrer Genossen, und

die unterlegene Gemeinde muss (streng durchgeführte Dreifelderwirthschaft vorausgesetzt) ihre zu Verlust gekommenen Genossen dadurch entschädigen, dass sie ihre geschwächte Zelg durch Aufbruch eines entsprechenden Stückes der Almend wieder ergänzt und eine neue Auftheilung derselben vornimmt[21].

Wie dergestalt in diesen alten agrarischen Verhältnissen das Sondereigen, die Hufe, nach aussen in unbedingtester Abhängigkeit von dem Eigenthum der Gesammtheit an der Mark steht[22], so muss es sich auch nach innen die stärksten Einwirkungen gefallen lassen, welche die Genossenschaft aus ihrem Eigenthum an der Mark behufs Verfügung über dieselbe oder anderer Verwendung als bisher ableitet. Ein Genossenschaftsbeschluss kann eine neue Auftheilung der Feldflur anordnen. Mochte der Einzelne sich in seinem Interesse noch so sehr dadurch benachtheiligt erachten, er vermochte nicht aufzukommen gegen die vom Gesammtzwecke und vom Gesammtinteresse geforderten Verfügungen über die Mark. Dass dergleichen schon früh nicht mehr vorkam, schon durch die hiezu nothwendige Einstimmigkeit unmöglich gemacht war, beweist nichts gegen die aprioristische Richtigkeit des Satzes.

Es bedarf keines Nachweises, dass bezüglich der Almend dasselbe gilt. Gewinnt eine Markgenossenschaft der andern ein Stück ihrer Almend ab, so bleiben die bisher von den Genossen der unterlegenen Gemeinde an derselben geübten Nutzungen nicht auf ihr haften; und ebenso kann ein Gemeindebeschluss jederzeit im Interesse des Gesammtzweckes die seit Jahrhunderten geübten Nutzungen der Genossen reducieren oder aufheben, indem die Genossenschaft kraft ihres Eigenthums an der Almend ihr eine andere Verwendung giebt.

So kommen wir von juristischer Seite auf den wirthschaftlichen Boden zurück, von dem wir im Eingange dieses Paragraphen ausgegangen sind. Wie die Mark wirthschaftlich in ihrer ganzen innern

[21] Es liegt also die Sache ganz anders als wenn heutzutage eine Gemeinde gegen die andere eine Grenzbereinigung durchsetzen würde; dadurch würde wohl ihr Gebiet vergrössert und ihre Steuerkraft u. dgl. erhöht, aber das Privateigenthum bliebe unangefochten, müsste fortan nur in der andern Gemeinde versteuert werden. Das zeigt eben, dass in dem Falle, der im Text angenommen ist, wirkliches ausschliessendes Eigenthum der Gemeinde in Frage steht.

[22] Darnach dürfte also von E i g e n der Genossen überhaupt nicht gesprochen werden? Streng genommen gewiss nicht. Wenn es dennoch geschieht und von jeher geschehen ist, so rechtfertigt sich das dadurch, dass die Gemeinde in das Verfügungsrecht des Einzelnen über sein Gut nicht eingreifen kann, innerhalb des Rechtes der Gemeinde an der ganzen Mark der Verfügung des Genossen über seine Hufe der freieste Spielraum gelassen ist.

Vertheilung und Verwerthung einem Gesammtzwecke dienstbar gemacht ist, dem Zwecke möglichst rationeller Bewirthschaftung und Ausnutzung des Markcapitals, und diesem Zwecke alle in der Mark wirksamen und thätigen Factoren sich unterordnen müssen, so ist auch rechtlich die Genossenschaft als juristische Person unter den einen Zweck der Verwendung ihres Eigenthums nach Rücksichten des Gesammtinteresses gestellt. Alles, was sie den Genossen gewährt an Sondereigen, an Almendnutzungen u. dgl., entspringt nicht einem Rechte der einzelnen Genossen an der Mark, beruht daher nicht auf einer unter den Genossen stattfindenden Vertheilung von Ansprüchen, gleichsam einer Realtheilung von Quotennutzungsrechten, sondern auf Statut (Beschluss), welches der Ausdruck des Gesammtwillens der Genossenschaft ist und den Genossen freiwillig zutheilt, was ihnen den Tag nachher wieder darf entzogen werden. Darum giebt es kein genossenschaftliches Gesammteigenthum und kein Gesammtvielheitsrecht im Sinne von Gierke, sondern in der That nur ein ausschliessliches Eigenthum der Genossenschaft als juristischer Person. Sobald wir festhalten, dass der Einzelne kein erzwingbares Recht auf die Nutzung hat, dass ihm alles, was er in der Mark geniesst, ja selbst der Besitz seines Sondereigens nur durch den in Statuten und Gemeindebeschlüssen ausgesprochenen Willen der Gesammtheit freiwillig gespendet und frei widerruflich gewährt ist, fällt jede Basis für ein Gesammteigenthum dahin. Da ist rechtlich auch gar kein Unterschied vorhanden, wenn eine Gemeinde beschliesst, das in ihrem Walde jährlich zum Schlage kommende Holz ausschliesslich zu Gemeindebauten zu verwenden, oder es zu verkaufen und aus dem Erlöse Feuerlöschgeräthschaften anzuschaffen, oder es unter die Genossen zu vertheilen. Auch in diesem letzteren Falle hört der Wald nicht auf, in ausschliesslichem Eigenthum der Gemeinde zu stehen und einer Verwendung zu Gemeindezwecken zu dienen, dieser Gemeindezweck ist eben Fürsorge für die Gemeindebürger und damit so gut wie in den andern Fällen Erhaltung der Gemeinde in kräftigem Bestande. So ist es auch bei allen Nutzungen der alten Markgenossenschaften der Fall.

Eben darum, weil alle Nutzungen der Genossen nur auf freiwilliger Zutheilung seitens der Genossenschaft durch Gemeindebeschluss[23] beruhen, unterscheidet man auch nicht und braucht man

[23] Also durch Statut. Und daran ändert nichts, dass etwa von Vereinbarung die Rede ist; ein falsch gewählter Ausdruck entscheidet nichts, wo alle praktischen Folgen auf das Gegentheil von Vereinbarung (Vertrag), auf Statut hinführen. Der

nicht zu unterscheiden zwischen Nutzung zu directem Bedürfnisse der Gesammtheit und Nutzung zu directem Bedürfnisse der Genossen. Alles dient doch im Grunde demselben Zwecke, der Erfüllung der markgenossenschaftlichen Aufgaben und Ziele, das Gemeindehaus und die Wege und Stege wie die Almenden und Alpen. Und auf dasselbe Resultat kommen wir sogar bei den Schulden der Gesammtheit heraus. Man beruft sich für die Doppelnatur von Einheit und Vielheit etwa darauf, dass die Genossen persönlich für Schulden der Gesammtheit haftbar gemacht wurden. Was aber in dieser Hinsicht vorkommt, Abgaben, Beden, Leistungen, Dienste der Genossenschaft, das erscheint doch rechtlich immer als Verpflichtung der Gemeinde selbst aufgefasst und ruht auf ihr und der Mark, und die Gemeinde insgesammt ist es, welche den Vogteizins u. s. f. entrichtet[24]. Mag auch bisweilen der Berechtigte sich herbeilassen oder es bequemer finden, die einzelnen Genossen anzugehen, so bleibt doch das Entscheidende, dass der Einzelne nicht kraft persönlicher Verpflichtung haftbar ist und dass er durch Aufgeben des Genossenrechts auch alle Haftpflicht von sich abwälzt; dann muss eben die Genossenschaft doch wieder für das Fehlende eintreten[25].

Das ist ja allerdings richtig, dass die Verwaltung der inneren Angelegenheiten der alten Markgenossenschaften noch Schwerfälligkeiten aufweist, welche auch dazu beitragen konnten, die klare Erkenntnis der Genossenschaft als einer juristischen Person zu hindern oder wenigstens sie nicht zu deutlichem Ausdrucke gelangen zu lassen. Eine Verwaltung des Gemeindevermögens mit genauer Rechnungsführung existiert kaum, so wenig wie eine Gemeindekasse, daher namentlich die Verwischung der Grenze zwischen Gemeinde- und Privatschulden; die Gemeinde legt ihre Schulden auf ihre Genossen um, und so weiss man bisweilen nicht, ob das, was einer bezahlt, Gemeinde- oder eigene Schuld ist. Aber auf die Natur der Genossenschaft als juristischer Person ist das doch ohne jeglichen Einfluss. Selbst wenn wir sehen, dass oft die Vorstände für ihre Gemeinden persönlich, oder Bürger für andere Bürger gepfändet, arrestiert werden u. dgl.[26], so ist das eben nicht Recht, sondern Gewaltthätigkeit gewesen. Es ist um so weniger etwas darauf zu geben, als sich die Städte dergleichen

häufige Ausdruck Einung bezeichnet gerade das Statut, das durch Einheit (unanimiter) Festgesetzte.

[24] Zöpfl, Alterthümer des deutschen Rechts II 166, I 304 f.

[25] Gierke II 397 Anm 46.

[26] Stobbe, Handbuch, 2. Aufl., I 394 f.

noch zu einer Zeit, da sie längst Corporationen in bestem Sinne geworden waren, mussten gefallen lassen. Es ist zudem begreiflich, dass, solange die Finanzverwaltung einer Stadt noch auf schwachen Füssen stand, eine persönliche Verantwortlichkeit der Rathmannen verlangt und vertragsmässig zugestanden wurde, eine allgemein verbreitete Sitte, welche in einer gewaltthätigen Zeit leicht dazu verführte, es eigenmächtig in Anspruch zu nehmen, wo es nicht versprochen war. Mit Zunahme geordneter Finanzverhältnisse und wachsendem Vertrauen zu der richterlichen Hilfe trat von selbst die Remedur ein.

Nach allem dem darf in der Markgenossenschaft keine Rechtsform erblickt werden, welche auf einem unentwickelten Körperschaftsbegriff, etwas begrifflich Unausgebildetem, das für das moderne Dogma und die heutige juristische Construction nicht mehr verwerthbar sei, beruhe[27]. Schon darum nicht, weil wir doch, sobald wir die juristisch relevanten Kriterien sorgfältig herausschälen, keine andere Rechtsform als die der heutigen Actiengesellschaft finden können, deren Verwerthbarkeit für die heutige juristische Construction gewiss ausser Zweifel steht. Wie die Actiengesellschaften die moderne, so stellen die Markgenossenschaften die älteste Form der sog. Capital- oder Vermögensgenossenschaften dar, deren Wesen darin besteht, dass auf Grund eines (durch Beiträge der künftigen Genossen erst zusammengebrachten oder schon anderweitig vorhandenen) Vermögens sich eine Personenvereinigung bildet, welche zur Erreichung eines selbständigen, von dem Privatwillen der jeweiligen Mitglieder unabhängigen Zweckes die Verwendung und Bewirthschaftung des hiefür bestimmten Vermögens durch Gesammtheitsbeschlüsse anordnet. Volkswirthschaftlich betrachtet eine eigenartige Associationsform, kann sie juristisch doch nur unter die Corporationen gezählt werden, allerdings als die der Stiftung zunächst stehende Gestaltung einer Corporation. Mit der Stiftung hat sie nur gemein die Widmung eines Vermögens zu vorbestimmtem Zwecke. Rechtlich entscheidend ist aber das corporative Element, welches die Gesammtheit der Genossen nicht als blosse Verwalter des Vermögens, als blosse Executoren eines einmal gesetzten Willens des Stifters erscheinen lässt, sondern ihr das Recht freier Bestimmung über ihre Existenz und über die Fortsetzung ihrer Thätigkeit zu bisherigem Zwecke giebt. Eine Actiengesellschaft kann (falls nicht Gründe, die ausserhalb ihrer rechtlichen Natur liegen, sie daran hindern, wie z. B. bei Eisenbahngesellschaften staatliche Be-

---

[27] Gierke II 134. 135. 177 Anm 130. 229. 325. 338 und öfter.

dingungen anlässlich der Concession) von einem Tage zum andern durch Beschluss der Generalversammlung Liquidation und Vertheilung des Vermögens unter die Actionäre anordnen; sie kann umgekehrt die Ausdehnung ihres Geschäftsbetriebes beschliessen und zu diesem Behufe die Dividendenzahlung an ihre Mitglieder auf Jahre hinaus sistieren, sie ist durchaus frei gegenüber ihren Actionären bezüglich der Verwendung ihres Vermögens und ihrer Einnahmen, und kein einzelner Actionär kann seinem Einzelinteresse folgend die Ausrichtung einer Dividende verlangen.

Mit der Markgenossenschaft verhält es sich ebenso: das corporative Element ist auch hier durchschlagend, die Gemeinde kann ihre Mark unter einen Grundherrn stellen, sie mit Zinsen belasten, die Nutzungen der Genossen festsetzen, heute schmälernd, morgen ausdehnend, je nach Bedürfnis der Mark, ohne durch Einzelinteressen und Sonderzwecke der Genossen beeinflusst werden zu können. Sobald dieses Selbstbestimmungsrecht der Markgenossenschaft aufhören würde, namentlich wenn man sich die Nutzungen der Genossen als feste, unabänderliche Rechte denken müsste, wäre der Charakter der Markgemeinde als einer Genossenschaft untergegangen und hätten wir sie als Stiftung anzusehen, als Anstalt, und die Mark als Anstaltsvermögen, dessen Ertrag bestimmten Personen kraft erworbener Rechte auf Grund unabänderlich gewordener Anstaltsstatuten zufliessen müsste.

§ 57. 2. Grundherrliche Dorf- und Markgenossenschaften.

Wir haben bisher blos den einfachsten Fall im Auge gehabt, wo die Markgenossenschaft als Gesammtheit der Genossen die ausschliessliche Herrschaft über die Mark ausübt und weder von oben noch von unten her gebunden ist: weder von oben durch eine Grundherrschaft, noch von unten durch Sonderrechte der Genossen, durch wirkliche Nutzungsrechte, welche, nicht mehr von dem Statut der Gemeinde abhängig, dem Eigenthumsrechte derselben gegensätzlich gegenüberstehen. Indem in der Folge der Zeit solche neue Factoren wirksam werden, treten auch rechtliche Complicationen ein, welche oft nicht wenig dazu beigetragen haben, das Rechtsverhältnis und die juristische Erkenntnis desselben zu verwirren. Wir besprechen hier nur die wichtigsten Combinationen. Die erste ist die Unterwerfung einer Mark unter eine Grundherrschaft.

Es kommt zunächst der Fall in Betracht, wo sich die Genossenschaft unter die Vogtei eines Herrn gestellt, etwa, wie wir oben

(S 268) gesehen haben, sich die villa Bernheim der Vogtei des Reiches unterworfen hat. Ein Aufgeben des Eigenthums an der Mark seitens der Gemeinde hat hier nicht stattgefunden, und dem Vogteiherrn wird daher nicht das freie ledige Eigen an der Mark zugesprochen, wie es bei eigentlich grundherrlichen Marken geschieht[1]. Vogtei ist nicht Eigenthum, sondern Munt. Diese aber lässt, wie wir aus früherer Betrachtung wissen, das Eigenthum des Muntangehörigen an seinem Vermögen unberührt. Nur ist die Verfügungsfreiheit des Muntmannes durch die Munt eingeschränkt, und hinwiederum überträgt dieses Gewaltverhältnis auf den Muntherrn Rechte, deren Inhalt und Umfang, nach der innern Natur des Verhältnisses verschieden, nach aussen bezüglich der Repräsentation des Untergebenen durch den Gewalthaber immer gleichmässige Wirkungen erzeugen. Somit ist auch bei diesen unter Vogtei stehenden Marken das der Regel entsprechende Verhältnis das, dass der Vogteiherr als Vertreter der Mark gegen Dritte vor Gericht Partei und ausserhalb Gerichtes für die Mark verantwortlich und haftbar ist. Die Gemeinde zahlt an den Vogteiherrn die Vogtsteuer, hat sich etwa auch zu andern Lasten bequemt, z. B. dem Vogteiherrn eine Betheiligung an der Nutzung der Almend eingeräumt, den Wildbann in den Gemeindewaldungen abgetreten, aber sonst dauern in den inneren Zuständen die alten Verhältnisse fort: die Markgenossenschaft bestimmt die Bewirthschaftung der Mark nach altem Brauche, setzt die Nutzungen der Genossen in alter Weise fest, hält ihre Versammlungen ab, stellt ihre Einungen auf. Das rechtlich für die Natur dieser Genossenschaften als juristischer Personen Maassgebende ist dasselbe wie bei den freien Marken.

Aber hievon zu unterscheiden sind die wirklich grundherrlichen Marken. Auf zweifachem Wege sind solche entstanden; sie sind entweder aus einer Unterwerfung ursprünglich freier Marken unter eine Grundherrschaft hervorgegangen, oder die Gemeinde hat sich von Anfang an auf Privateigenthum eines Herrn gebildet. Immerhin haben sich in beiden Fällen die hauptsächlichen Rechtsgrundsätze gleichmässig herausgestaltet.

Die Quellen, die über das hieraus sich ergebende Rechtsverhältnis zunächst Auskunft ertheilen, die Weisthümer, bedienen sich sehr verschiedener Ausdrücke, je nachdem die eine oder die andere Seite der Sache mehr im Vordergrunde steht[2]. Bald heisst es, der Grund-

---

[1] Viele Beispiele bei Gierke II 167 f. Der Herr heisst Vogtherr, Beschirmer, sein Recht Hoheit, Gewalt.

[2] Für alle Modalitäten reiche Sammlung von Beispielen bei Gierke II 161 ff.

herr habe das Eigenthum, die Eigenschaft, die proprietas; die Mark, mit allem was darin sei, Dorf, Wasser und Weide, Feld und Wald, sei der Herrschaft Eigen, der Genossenschaft aber stehe zu, die Mark zu gebrauchen nach ihrer Nothdurft. Streng buchstäblich genommen müsste das auf die Auffassung führen, dass die Nutzungen der Genossen, sofern sie nicht geradezu von der Gnade und freien Gewährung des Grundherrn abhängig geblieben sind, wirkliche Nutzungsrechte, jura in re aliena, Belastung des grundherrlichen Eigenthums geworden sind. Am nächsten bei dieser Fassung steht die kürzere, formelhafte: die Eigenschaft sei des Herrn und die Almend der Gemeinde. Oder, indem das Hauptgewicht auf das zwischen dem Herrn und den Bauern bestehende Leiheverhältnis fällt, spricht man dem Herrn das Eigen und den Bauern das Erbe zu, und weil die Almendnutzung als Zubehörde der Sondergüter betrachtet wird, so kann die Bauersame als mit der Mark belehnt bezeichnet werden. Endlich aber wird dem Herrn auch nur zugesprochen die Herrlichkeit, die Herrschaft, und den Genossen die Mark.

Hier müssen wir nun zunächst beachten, dass Eigenthum und Grundherrschaft nicht zwei gleichwerthige Ausdrücke sind. Das Eigenthum an der Mark kommt nur im landrechtlichen Verkehre und vor Landgericht zur Geltung, die Grundherrschaft nur im Hofrechte gegenüber den Angehörigen des Hofes. Man kann auch nicht sagen, es sei ein und dasselbe Recht, welches nach aussen als Eigenthum, nach innen als Grundherrlichkeit geübt werde; vielmehr hat das Hofrecht (vgl. oben § 7) die Grundherrschaft an die Stelle des Eigenthums gesetzt. Im Landrechte steht der Hofherr in rein sachenrechtlichem Verkehre über sein Gut, dasselbe ist nur Sache, Grundstück, das er auflässt, verpfändet, seiner Ehefrau zu Leibzucht bestellt, wie jeder freie Bauersmann es mit seiner Hufe thun mag. Im Hofrechte dagegen ist er Herrscher über sein Gebiet und die darein Gehörigen, hier ist er das was der König im Landrechte, sein Eigenthum an der Mark ist Voraussetzung der Grundherrschaft und des Hofrechts und kann hier gar nicht in Frage und Verkehr kommen[3]. Wenn

[3] Ich möchte das daher auch nicht so ausdrücken, dass das germanische Grundeigenthum, das alte „Eigen“, die zwei Begriffe von Grundherrschaft und Grundvermögen in sich gefasst, also den Stoff moderner Gebietshoheit und modernen Eigenthums in sich vereinigt habe, ohne rein entweder Landeshoheit oder Privateigenthum zu sein. So nämlich Gierke II 141. Das ist sehr irreführend. Es sind im Gegentheil zwei Begriffe für Verschiedenes, die aber in einer Person in Bezug auf denselben Gegenstand sich vereinigen können. Ein Eigenthümer kann auch zugleich Grundherr werden, aber er wird es nicht aus einer dem Eigenthum

also die Weisthümer dem Herrn der Mark das freie Eigen, die Eigenschaft an derselben, zuerkennen, so ist damit sein volles Verfügungsrecht über die Mark als Ganzes nach aussen ausgesprochen. Aber für das innere Verhältnis kann damit nichts gesagt sein, denn nach innen kommt nur seine Grundherrlichkeit (dominium, nicht proprietas) zur Geltung, und darum heisst es, der Genossenschaft gehöre die Mark, oder häufiger: die Almend. Damit ist gesagt: die Mark soll der freien Disposition des Grundherrn bezüglich der inneren Verhältnisse, namentlich der Nutzungen, entzogen sein, die genossenschaftliche Bewirthschaftung der Mark, wie sie sich in der gegenseitigen Abhängigkeit von Sondergut und Almend ausdrückt, ist auch hier anerkannt. Das wird nun eben oft in die Fassung gekleidet, dass die Genossenschaft von dem Grundherrn mit der Mark belehnt sei[4].

Eine förmliche Verleihung der Mark an die Gesammtheit der Genossen nach allen Grundsätzen des Leiherechts hat nun freilich nicht sehr häufig stattgefunden, besonders nicht in so prägnanter Weise, wie es das von Renaud[5] mitgetheilte Beispiel zeigt, wo die Bauersame einen Lehnsträger bestellt, der den Lehnseid leistet, und bei dessen Tod und Ersetzung durch einen andern Ehrschatz entrichtet wird. Im allgemeinen muss daher das Verhältnis anders construiert werden. Und da scheint es am nächsten zu liegen, sich das Recht der Genossenschaft an der Mark als servitutähnliches jus in re aliena zu denken. Sieht man sich das aber näher an, so treten doch manche Schwierigkeiten hervor. Gilt dieses jus in re aliena nur für die Nutzungen am Gemeinlande, haftet es also nur auf der Almend? oder ergreift es die ganze Mark und schliesst es auch das Recht an den Sondergütern ein? Wir kommen auf diesem Wege zu keinem befriedigenden Resultate, sondern müssen uns ein Bild davon machen, wie sich die Zustände praktisch mögen ausgebildet haben.

Da liegt es nun bei denjenigen Gemeinden, welche, ursprünglich

---

inwohnenden Kraft, sondern vermöge einer von aussen her ihm zuwachsenden Macht, und zwar eines der Staatsgewalt nachgebildeten Herrschaftsrechtes über die auf seinem Eigenthum Ansässigen. Wie unendlich vieles Grundeigenthum ist nie Grundherrschaft gewesen, noch geworden, und doch freies Eigen geblieben, voll und ganz den Inhalt des Eigenthums erschöpfend. Nicht um Doppelinhalt des Eigens handelt es sich, sondern um Doppelstellung des Berechtigten in verschiedenen Rechtskreisen, welche ihm verschiedenartige Rechte zutheilen. Im Landrechte, wo er als Eigenthümer handelt, ist er nicht Grundherr, und im Hofrechte, wo er als Grundherr auftritt, ist er nicht Eigenthümer.

[4] Gierke II 165 f.

[5] Die Gemeindenutzungen, in Z f. DR IX 81 Anm 150.

frei, seit dem 9. Jahrhundert und theilweise schon früher grundherrlich geworden sind, am nächsten, anzunehmen, dass die inneren Verhältnisse der Bewirthschaftung, die rechtlichen Beziehungen zwischen Sondergut und Almend, die Voraussetzungen der Nutzungen u. s. f. nicht geändert wurden. Der neue Grundherr konnte kaum, auch wenn er gewollt hätte, die bisherigen Zustände auf den Kopf stellen, aber er hatte auch gar keine Veranlassung dazu und kein Interesse daran; ihm genügte es vollkommen, wenn er von den Hubenbesitzern den Zins, den Ehrschatz, den Fall und was dergleichen Abgaben waren, erhielt, sein Beamter an die Spitze der Verwaltung trat, seinem Hoflande Antheil an der Marknutzung eingeräumt wurde, und was sonst von herrschaftlichen Rechten vorkommt, Bannrechte u. s. w., zur Einführung gelangte. Das griff aber in den bisherigen wirthschaftlichen Bestand der Gemeinde nicht ein. Und lassen wir auch die Annahme zu, dass der Grundherr die Nutzungen der Hörigen nach eigenem Gutdünken geregelt und der Selbstbestimmung der Bauersame wenig oder keinen Spielraum gewährt habe, so blieb doch das Wirthschaftsprincip des gegenseitigen Dienens von Sondergut und Almend unangetastet, weil sonst alle Existenzbedingungen des Hofes in die Brüche gegangen wären. Vollends war dieser Zustand von neuem gesichert, als ein fest begründetes Hofrecht der Selbstverwaltung der Genossenschaft wieder mehr gerecht wurde.

Auf dasselbe Ziel musste aber auch die Entwicklung unfreier Gemeinden hinauslaufen, denn dieselben waren nicht auf einem andern wirthschaftlichen Princip eingerichtet, und mit Ausbildung des Hofrechtes musste auch hier die genossenschaftliche Organisation und Verwaltung zu festerem Bestande gelangen.

Rechtlich steht nun die Sache so: solange es überhaupt gar kein Hofrecht gab, konnte die unter einer Grundherrschaft stehende Dorf- und Markgenossenschaft nur aus der frei gewährten und frei entziehbaren Gnade des Grundherrn empfangen, was sie in der Mark genoss; das Recht kannte nur Eigenthum des Herrn. Aber mit dem Hofrechte und der Hofverfassung entsteht ein neuer Rechtskreis, ein „Staat im Staate", in welchem die proprietas, das Eigenthum, das der Hofherr nach Landrecht hatte und fernerhin behält, durch das dominium, die Herrschaft, ersetzt ist. Das Recht aber, welches die Hofgemeinde nun an der Mark wieder gewinnt, ist durchaus analog dem der freien Markgenossenschaften im Landrechte; wie dieses letztere frei lediges Eigen der Markgenossenschaft ist, so das erstere hofrechtliches Eigen (man missdeute diesen Ausdruck nicht), gerade so von der grundherrlichen Gewalt abhängig und zugleich beherrscht

und geschützt, wie jenes von der öffentlichen, sanctioniert durch Gesetz oder Gewohnheit des Hofes wie jenes durch Gesetz oder Gewohnheit des Landes. Da ist kein Raum für die Auffassung des Rechts der Hofgemeinde als eines jus in re aliena, denn von einer Beschränkung des Eigenthums des Grundherrn, welche ja dann unvermeidlich wäre, kann keine Rede sein; der Grundherr übt sein Eigenthumsrecht da, wo er es überhaupt einzig bethätigt, im Landrechtskreise, mit voller Wirksamkeit aus, weil die Hofgenossenschaft hier gar kein Recht hat, und im Hofrechte, wo die Markgemeinde ihr Recht an der Mark und an deren Nutzung zur Geltung bringt, existiert kein Eigenthumsrecht des Herrn, welches dadurch beschränkt werden könnte, sondern nur ein Herrschaftsrecht, welches sich unabhängig von den genossenschaftlichen Berechtigungen in Rechtsamen aller Art äussert.

Nur darf man nicht von getheiltem Eigenthum und von dominium utile der Hofgemeinde reden, über welchem das Obereigenthum (dominium directum) des Grundherrn stünde. Wir werden nachher im Sachenrechte sehen, dass die mittelalterliche Rubrik von dominium directum und utile (später fälschlich mit Ober- und Nutzeigenthum übersetzt und in neuer, verkehrter Weise angewendet) sich gar nicht auf ein mehrfaches und getheiltes Eigenthum im Sinne von proprietas, sondern auf ein mehrfaches dominium im Sinne von Herrschaft bezieht, wie solches durch die Abstufungen des Lehnrechtes und der Ober- und Unterlehnsherren allenfalls nahe gelegt war. Die grundherrliche Genossenschaft hat aber kein dominium, kein Herren- und Herrschaftsrecht, und so fällt diese ganze Theorie des sog. getheilten Eigenthums für unsere Frage von vorneherein dahin. Wir bedürfen auch solcher Künstelei nicht. Das Recht der Hofgemeinde an der Mark ist das im Hofrechte reproducierte und durch die Hofherrschaft des Grundherrn eingeschlossene Recht der freien Genossenschaften im Landrechte. Innerhalb der Schranken des Hofrechtes bethätigt sich die Hofgemeinde als juristische Person und als Rechtssubject der Mark in gleicher Weise wie die freie Genossenschaft innerhalb des von der öffentlichen Gewalt gewährten Spielraumes.

Je höher das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde in dem Hofrechte und der Hofverfassung ist ausgebildet worden, desto mehr hat sich der Inhalt des Grundherrschaftsrechtes dem der blossen Vogtei genähert: es ist oft schwer zu sagen, ob der Grundherr blosser Vogteiherr sei, oder ob er im Landrechte Eigenthum an der Mark habe. Der einzelne Genosse aber leitet jedenfalls seine Marknutzung nicht von directer Verleihung des Herrn ab, sondern von der Festsetzung

der Gemeinde, in dieser Hinsicht besteht keine directe Beziehung zwischen dem Herrn und dem einzelnen Hufenbesitzer, so dass von einem jus in re aliena des letzteren am Eigenthum des Herrn die Rede sein könnte. Daher auch in Fällen, wo eine solche Gemeinde sich im Laufe der Zeit und unter der Gunst der Umstände wieder zu Selbständigkeit emporzuheben vermochte, nicht der einzelne Genosse seine Nutzung an der Mark, sondern die Genossenschaft als solche die ganze Mark von den Zinsen und Diensten losgekauft hat, wie das z. B. die Gemeinde Arth im Canton Schwyz im Jahre 1353 durch käuflichen Erwerb des Herrschaftshofes gethan hat.

Das Gegenstück dazu bildet die allerdings häufigere Erscheinung, dass das hofrechtlich begründete und anerkannte Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden wieder einer strafferen Anspannung der herrschaftlichen Befugnisse weichen musste: wie die altvolksthümliche genossenschaftliche Organisation des Volkes und seine Bethätigung am Gerichte überhaupt vor der ämtermässigen, bureaukratischen Einrichtung der landesherrlichen Verwaltung in die Brüche ging, so erstarb auch in den Grundherrschaften die durch das Hofrecht hervorgerufene Bethätigung der Bauersamen an dem, was für sie das öffentliche Leben ersetzte, an den inneren Hofangelegenheiten. Jetzt, da die Hofverfassung und das Hofrecht mehr und mehr zerfiel, begannen die Herren wieder mit ihrem „Eigen“ Ernst zu machen, sich wieder als Eigenthümer an der Mark und nicht als blosse Grundherrschaft zu gerieren auch nach innen, den Bauern gegenüber, und den letzteren ihre Nutzungen nach Belieben zu beschneiden; beschwerte sich die Bauerschaft darüber, so wurde nach ihren Titeln für ihre angeblichen Rechte gefragt, und wenn wie natürlich keine solchen konnten vorgewiesen werden, ihnen die Nutzung abgesprochen, oder wo und soweit sie gewährt blieb, dann allerdings als Recht an fremder Sache, Servitut oder wie man es nun heissen mochte, constituiert. Das war jetzt ganz richtig, weil das Nutzungsrecht der Bauerschaft nunmehr wirkliche Beschränkung des Eigenthumsrechtes des Herrn war; möglich geworden war es durch den Untergang des Hofrechtes und der Hofverfassung, womit der Begriff der Grundherrschaft nach der hier betrachteten Seite unverwerthbar geworden war und derjenige des Eigenthums in die so entstandene Lücke wieder eintrat.

§ 58. 3. Trennung von Gemeinde und Nutzungsgenossenschaft[1].

Das ist nun eine ungleich tiefer einschneidende Veränderung als die durch Unterwerfung unter Grundherrschaft entstandene.

Von Anfang an weisen die Nutzungen der Genossen am Gemeinlande die Tendenz auf, sich an die Sondergüter zu knüpfen, schon darum, weil ein grundbesitzloser Genosse mit der Nutzung wenig anfangen kann, denn er wintert kein Vieh, das er im Sommer auf die Weide treiben könnte, und hat keinen Bedarf für Bau- und Hagholz. Gemäss uraltem Bewirthschaftungsprincip gehören Sondergüter und Almend zusammen und ist das Sondergut durch die Natur der Sache auf Benutzung der Almend für Sömmerung des Viehes und Erhaltung der Gebäude und Häge in gutem Stande angewiesen. In diesem Sinne heisst es, die Almend gehöre den Gütern, zu den Höfen, und wird bei Verkauf einer curtis die Betheiligung an der Almend als Pertinenz eingeschlossen. Das ist es, was die ältesten Urkunden schon meinen, wenn sie von der traditio curtis cum pascuis, silvis etc. ad eam pertinentibus reden, oder was ein altes Weisthum des Klosters St. Urban (Luzern) ausspricht: die Güter sollen von den Hölzern ihre Nothdurft haben zu hausen und zu brennen und zu solchen Dingen, die den Gütern nothdürftig sind.

In den ersten Jahrhunderten mangelte freilich diesem Satze die Schärfe, die er später gegen die besitzlosen Beisassen hervorgekehrt hat, weil noch jeder Genosse berechtigt war, sich durch Rodung aus dem Gemeinlande Sondereigen zu schaffen. Es war sogar ein verdienstliches Werk, weil der Wald (und zwar im innern Deutschland bis ins 13. Jahrhundert hinein) nur allzu reichlich vorhanden war, daher man auch oft fremde Einzüglinge gern zu Genossen aufnahm, wenn sie sich zu Rodung und Neubruch in Wald und Heide herbeiliessen[2]. Der Satz: die Almend gehört den Gütern, diese sollen davon ihre Nothdurft haben, hätte also unbedenklich auch so lauten können: jeder Genosse hat Nutzung an der Almend nach Maassgabe seines Bedarfes, denn dieser bestimmte sich doch wieder nach dem Bedürfnisse des von ihm bewirthschafteten Gutes. So nutzte allerdings der Vollhüfner die Almend in reicherem Maass als der Halbhüfner, aber nicht weil sein Genossenrecht besser und stärker war, sondern weil sein Bedarf höher ging.

---

[1] F. v. Wyss, Die schweizerischen Landgemeinden, in Z f. schweiz. R I, bes. Heft 2.

[2] Vgl. Gierke II 146.

Im Laufe der Zeit hat sich dies unter dem Einflusse verschiedenartiger Umstände geändert. Das Haupthindernis für Fortsetzung des hergebrachten Verhältnisses war die seit dem 12. und 13. Jahrhundert mehr und mehr zunehmende Schwächung der Almend, wodurch Bedürfnis der Sondergüter und Leistungsfähigkeit des Gemeinlandes in ein Missverhältnis zu einander geriethen. Dazu kam die Zersplitterung der Hufen und die Vermehrung der Einwohnerschaft und nothwendigerweise in Verbindung damit die Steigerung der Bedürfnisse an Weide und Wald, denn hundert Haushaltungen mit dem denkbar kleinsten Grundbesitze machen mehr Ansprüche an Weide und Wald, wenn jede von ihnen nur eine Kuh oder ein paar Ziegen auftreiben und ihr Häuschen in Stand halten will, als ein Hof, der früher den Raum dieser kleinen Gütchen eingenommen hatte.

Keine Abhilfe des Uebelstandes gewährte die Sistierung oder Erschwerung der Aufnahme neuer Genossen von auswärts, denn die Genossenschaft vergrösserte sich von innen heraus. Hielt man nun an dem Princip fest, dass jeder Genosse nutzungsberechtigt sein und bleiben müsse, so war nichts anderes übrig, als mit dem Grundsatze zu brechen, dass Jeder nach Nothdurft des Gutes nutzen dürfe. Dann geschah es, dass die Gemeinweide, besonders die Alpen der inneren Schweiz, gestuhlt wurden, d. h. die Zahl der Rinder, die sie ernähren können ohne übernutzt zu werden, ermittelt und dieser „Besatz“ auf die Güter nach Proportion ihrer Grösse vertheilt wurde. Der späteren Zeit gehört das Princip der Verloosung der Alpen an. Diesem im Gebirge vorwiegenden Verfahren gegenüber hat sich in der Ebene vielfach ein anderes mehr auf willkürlichem Wege entstandenes entwickelt: die Nutzungen erscheinen an Güter von gewisser Grösse, sog. Hubengüter, geknüpft, wodurch eine bevorzugte Classe von Genossen entsteht.

Diese Abschliessung der Nutzungen auf Huben oder Schupposen erklärt sich in grundherrlichen Gemeinden, wo sie allerdings vorzugsweise vorkommt[3], theilweise wenigstens daraus, dass eine Zersplitterung der Hufen durch das Leiheverhältnis lange Zeit gehindert war, die Grundherrschaft an der Leihe ganzer Huben festhielt und so für die Nutzungen ein bestimmtes Maass sich festsetzte, welches bei der später aufkommenden Parcellierung für die daraus hervorgegangenen kleinen Güter nicht mehr passte. Die Zahl der berechtigten Huben war dabei immer noch eine veränderliche, und erst seit dem 17. Jahrhundert wurde sie ein für allemal fest abgeschlossen.

[3] v. Wyss, Die schweiz. Landgemeinden, a. a. O. Heft 2 S 18.

Aber auch auf anderem Wege sind die Gemeindenutzungen einem engeren Kreise von ausschliesslich Berechtigten zugefallen, so, freilich auch erst in neuerer Zeit, auf Grund rein persönlicher Bevorrechtung, etwa dadurch, dass man frühere Genossen, die ihr Recht durch Wegzug verloren hatten, bei Wiederaufnahme in die Gemeinde doch von der Nutzung auch ferner ausgeschlossen erhielt, und Fremden das Bürgerrecht ohne Nutzungsantheil gewährte.

Anfangs und noch während langer Zeit bilden aber die vollberechtigten Genossen keineswegs eine eigene neue Nutzungsgenossenschaft innerhalb der Gemeinde. Einmal hatten sie doch nicht alle Nutzungen für sich absorbiert, auch die besitzlosen Genossen, die „Armen“, die Beisassen, hatten solche in beschränktem Maasse behalten, so dass doch hiedurch so wie durch die noch festgehaltene Feldgemeinschaft des Flurzwanges die Einheit der Markinteressen in Geltung blieb; sodann aber bildeten jene bevorzugten Genossen das Dorfpatriciat, welches das Dorfregiment führte, die ganze Gemeindeverwaltung in der Hand hatte, oft das Stimmrecht in der Gemeindeversammlung allein übte, und darum nicht veranlasst war, sich als besondere Genossenschaft zu constituieren und als solche zu der bisherigen Gemeinde in Gegensatz zu treten. Grundsätzlich blieb daher die rechtliche Gestaltung des Gemeindeverhältnisses die alte: die bisherige Genossenschaft war als juristische Person das Rechtssubject der Mark, nur die Genossenantheile und Genossennutzungen waren nicht mehr gleich, es gab bevorrechtete und zurückgesetzte Genossen, so wie es heutzutage Prioritätsactien und nachgehende Actien giebt, ohne dass deshalb die Actiengesellschaft diesen ihren Charakter verliert. Demnach sind diese Nutzungen der Vollberechtigten auch noch keineswegs als Beschränkungen oder Lasten auf fremdem Eigenthum, als Rechte an fremder Sache aufgefasst, sondern in oben S 279 ermittelter Weise als eine den genossenschaftlichen Zwecken entsprechende Verwendung und Ausübung des Eigenthums der Gemeinde, nach wie vor beruhend auf dem Willen der Gemeinde, der sich durch Einungen (Statuten) und Gemeindebeschlüsse kundthut, nicht auf einem vom Gemeindewillen und Gemeindestatut unabhängigen, ja ihm gegensätzlichen Willen berechtigter Privatpersonen.

Ein bestimmter Gegensatz zwischen Gemeinde und Nutzungsgenossen bildete sich erst in neuerer Zeit grundsätzlich aus. Schon der Umstand half dazu, dass die Gemeinde, zumal seitdem ihr durch die sog. Bettelordnungen des 16. Jahrhunderts das Armenwesen, die Pflicht der Fürsorge für ihre Armen, war überbunden worden, mehr und mehr aus dem engen Kreise einer landwirthschaftlichen Genossen-

schaft herauswuchs und durch Uebernahme öffentlich-rechtlicher Aufgaben ein Organ des Staatswesens wurde. Das Genossenrecht war nun auf eine andere Basis gestellt, aus reiner Nutzungsbetheiligung ein Gemeindebürgerrecht geworden, welches selbst ohne jegliche Nutzung denkbar und vorhanden war. Demgemäss konnten sich die Nutzungen davon ablösen und sich als selbständige Rechtsame zu besonderer Existenz erheben. Dazu drängte dann hauptsächlich der Umstand, dass die Nutzungen sich auf eine feststehende Anzahl von Theilen oder Gerechtigkeiten fixiert hatten und auch meistens auf einen bestimmten, ein für allemal fest normierten Betrag angesetzt waren. Die Inhaber dieser Gerechtigkeiten erschienen nun als eine der Gemeinde gegenüberstehende neue Genossenschaft, als Realgemeinde, wie sie die neuere Zeit genannt hat, unter mannigfachen Modalitäten der Mitgliedschaft und der Art und Weise der Nutzungen. Die Mitgliedschaft war entweder Realrecht oder persönliches Recht, im ersteren Falle also auf der berechtigten Hube haftend, im letzteren meistens (zumal in früherer Zeit) durch Gemeindebürgerrecht des Inhabers bedingt, später aber ganz frei gegeben, so dass auch Auswärtige eine Gerechtigkeit erwerben konnten. Wo die Mitgliedschaft Realrecht geblieben war, konnte sich auch leicht der Grundsatz erhalten, dass der Bedarf des Guts für den Umfang der Nutzung maassgebend sei, während die persönliche Berechtigung mit Naturnothwendigkeit auf Fixierung des Umfangs einer Gerechtigkeit hindrängte.

Diese Verschiedenheiten treffen aber die rechtliche Natur der Realgemeinden nicht, welche in allen Fällen vielmehr gleichmässig zu construieren ist. Und zwar, da nach der geschichtlichen Entwicklung der Dinge die Realgemeinden kein vom Gemeindegut separiertes Grundeigenthum als Object ihrer Gerechtigkeiten besassen, sondern ihre Nutzung auf dem Gemeindevermögen haftete, ergab sich die rechtliche Gestaltung, dass das Eigenthum der weiteren (politischen) Gemeinde mit einer Reallast zu Gunsten der Realgemeinde beschwert war. Diese letztere als Gesammtheit, als juristische Person, ist das gegenüber der belasteten öffentlichen Gemeinde ausschliesslich in Betracht kommende Rechtssubject. Die einzelnen Inhaber von Gerechtigkeiten stehen zu der politischen Gemeinde direct in keiner rechtlichen Beziehung; man darf nicht sagen, die einzelne Gerechtigkeit sei ein jus in re aliena, ein dingliches Recht des Inhabers derselben an dem Eigenthum der Gemeinde. Der Beweis gegen diese Auffassung liegt darin, dass die politische Gemeinde selbst durch Erwerb einer Gerechtigkeit Mitglied der Realgemeinde wird; sie erwirbt nicht eine

Reallastberechtigung an ihrer eigenen Sache, etwa so wie man heutzutage von Eigenthümerhypothek redet, sondern sie wird nur betheiligt an dem von der Realgemeinde ausgeübten Rechte, und es ist an sich juristisch denkbar und möglich, dass die Realgemeinde, soweit nicht wohlerworbene Privatrechte der einzelnen Mitglieder ihr gegenüber bestehen oder die Statuten sie nicht hindern, über ihr Nutzungsrecht als ein Ganzes frei verfügen, wie auch die einzelnen Gerechtigkeiten schmälern, zeitweilig stillstellen, kurz nach Rücksichten des Gesammtinteresses regulieren kann. Die Summe der Gerechtigkeiten bildet also das einheitliche Recht der Realgemeinde als juristischer Person, und zwar eine Reallastberechtigung, welche die vermögensrechtliche Grundlage der Realgemeinde ausmacht. Diese letztere ist eine Vermögens- oder Capitalgenossenschaft, für deren rechtliche Beziehungen zu ihren Mitgliedern durchweg das oben S 281 f. Festgestellte anzunehmen ist.

Diese Auffassung der Sache beruht auf der Voraussetzung der Existenz einer wirklichen Realgemeinde mit genossenschaftlicher Organisation. In neuester Zeit ist aber oft und viel die Realgemeinde verschwunden und sind die einzelnen Gerechtigkeiten selbständige Rechte am Gemeindevermögen geworden. Es konnte dies sehr leicht geschehen und war auch mehr oder weniger natürlich, seitdem kein Interesse mehr an genossenschaftlicher Ausübung des Rechtes vorhanden, kein Gesammtzweck der Realgemeinde mehr zu erfüllen war; die einzelnen Gerechtigkeiten, seit Jahrhunderten in gleichem Umfange geübt, konnten nun als direct am Gemeindegute bestehende Rechtsame fortdauern, der genossenschaftliche Zusammenhang fiel von selbst weg, und damit auch jegliche genossenschaftliche Structur[4].

§ 59. B. Genossenschaften zu speciellen landwirthschaftlichen Zwecken.

Die Dorf- und Markgenossenschaften umfassen die ganze wirthschaftliche Existenz ihrer Mitglieder als reich gegliederter Organismus, dessen Gesammtzwecke alle Bestandtheile der Mark in gegenseitiger Rücksichtnahme auf einander und in gemeinsamem Zusammenwirken

[4] Daher wurden, um ein Beispiel anzuführen, im Canton Aargau die Gerechtigkeiten, die zumal im Bezirke des freien Amts fast in jeder Gemeinde existierten, und die laut Staatsverfassung durch die Gemeinden abgelöst werden mussten, nicht den Realgemeinden, die verschwunden waren, sondern den einzelnen Gerechtigkeitsinhabern direct abgekauft. Vgl. einen Fall in Z f. schweiz. R XI Abth. 3 S 108 Nr 26.

dienstbar gemacht sind. Die hier zu einer Einheit vereinigten wirthschaftlichen Factoren können aber auch jeder für sich besonders zu genossenschaftlichem Zwecke wirksam werden, es können Genossenschaften bestehen ausschliesslich auf der Basis einer Feldflur behufs einheitlich betriebener Ackerwirthschaft, oder ausschliesslich auf der Basis eines Waldes behufs einheitlich regulierter Waldnutzung, oder ausschliesslich auf der Basis eines Weidelandes behufs einheitlich durchgeführter Alpenwirthschaft. In diesen Fällen ist nur der wirthschaftliche Organismus ein einfacherer geworden als bei den Dorf- und Markgenossenschaften, aber das rechtliche Princip ist das gleiche; und eben weil die zu Grunde liegenden factischen Verhältnisse viel einfacher und klarer vorliegen, lässt sich auch der juristische Charakter dieser Genossenschaften und ihre enge Verwandtschaft mit der modernsten Form dieser Vereinigungen, der Actiengesellschaft, deutlicher erkennen.

Ein Einblick in das Wesen solcher Genossenschaften wird am besten durch Betrachtung specieller Fälle gewonnen. Ich verweise kurz auf drei Beispiele, welche als besonders charakteristische Typen von Genossenschaften für Feld-, Wald- und Weidenutzung gelten können.

Eine merkwürdige Feldgenossenschaft hat sich bis auf die neuere Zeit in den Gehöferschaften hauptsächlich des Regierungsbezirkes Trier erhalten[1]. Diese Gehöferschaften sind agrarische Genossenschaften auf der Grundlage einer Feldflur (wenigstens bildet diese die Hauptsache) unter periodischem Wechsel der Genossen im Besitz nach Maassgabe periodischer Verloosung. Die Feldmark ist zu diesem Behufe in eine bestimmte Zahl von Loosen, Theilrechten getheilt, welche Zahl sich ursprünglich ohne Zweifel nach derjenigen der vollberechtigten Genossen bestimmte, allmählich aber fest abgeschlossen wurde, und in Folge davon konnten diese Theilrechte selbständige Verkehrsgegenstände werden, gerade wie das bei den Gerechtigkeiten der Realgemeindemitglieder der Fall gewesen ist. Die Theilrechte werden verschieden bestimmt, bald nach Pflügen, bald nach einem Getreidemaass, und sind selbst wieder theilbar in halbe, Viertels- und Achtels-Pflüge. Der Pflug (also ein ganzes Theilrecht) repräsentiert ungefähr 90 Morgen, und die Gehöferschaft ist auf die Anzahl Pflüge geschätzt,

[1] Ueber sie Hanssen, Die Gehöferschaften, in einer Abhandl. der Berliner Akademie 1863, und auch separat erschienen, dann nochmals abgedruckt in dessen agrarhistorischen Abhandl. I 99 ff. Dazu gehört: Hanssen, Agrarhistorische Fragmente, in der Z f. d. ges. Staatswissensch., Jahrg. XXXVI 1880 S 407 ff.

die dem Umfange ihrer Feldmark entspricht. Der Boden wird dann gewöhnlich auf drei Jahre nach diesen Antheilen unter die Pflugrechtinhaber zur Bewirthschaftung verloost.

Von Waldgenossenschaften führe ich hier die Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes in Westfalen an[2]. Im Kreise Siegen bestehen sog. Hauberge im Eigenthum von Haubergsgenossenschaften. Jeder Hauberg unterliegt einer 16—20jährigen Umtriebszeit, so dass der Bezirk in 16—20 Haue oder Schläge getheilt ist, von denen jährlich je einer zum Abtriebe kommt. In jedem Hau erhalten die Genossen ihr besonderes Stück Land nach Maassgabe ihrer Theilrechte zur Abholzung zugewiesen. Diese Theilrechte heissen Jäne und sind, da nicht alle Haue dieselbe Grösse haben, nicht wie die Pflüge bei den Gehöferschaften auf ein bestimmtes Landmaass normiert, sondern ideale Grössen, reine Quotenrechte.

Charakteristische Weidegenossenschaften sind die Alpgenossenschaften in der Schweiz, beispielsweise die Capitalisten-Alpgenossenschaften Unterwaldens[3]. So gehören namentlich die grossen Alpen ob Engelberg, Trübsee, Arni u. a. nicht Gemeinden, sondern Privatgenossenschaften als Eigenthümern. Die Alp ist auf eine bestimmte Zahl Kuhrechte, Kuhessen gestuhlt. Das ist die Einheit der Theilrechte. Aber diese Einheit kann auch noch getheilt sein bis auf Viertelskühe oder Füsse, ein Viertelskuhrecht giebt noch Genossenrecht, der Inhaber hat daher neben dem Rechte, mit drei andern Viertelsberechtigten eine Kuh aufzutreiben, auch noch das Zugrecht bei Verkauf eines Theilrechts durch einen Genossen an einen Fremden.

Wir finden hier immer dasselbe Princip wirksam, das wir schon bei den Markgenossenschaften und den Realgemeinden gefunden haben. Mit jenen kommen diese beschränkteren Genossenschaften darin überein, dass die Genossenschaft Eigenthümerin des Grundes und Bodens ist, an welchem die Nutzung geübt wird (während bei den Realgemeinden die Vermögensbasis statt Grundeigenthum Reallastberechtigung ist); mit den Realgemeinden theilen sie das Merkmal, dass die Mitgliedschaft rein dinglich durch den Besitz von Theilrechten bedingt wird. Für die rechtliche Natur der Genossenschaft ist beides gleich-

[2] Worüber Achenbach, Die Haubergsgenossenschaften des Siegerlandes, Bonn 1863, zu vergleichen.

[3] Blumer, RG der schweiz. Demokratien II 369 ff. Vgl. auch Gesetze der Gemeinalpen des Cantons Unterwalden nid dem Wald vom 13. Jan. 1859, abgedr. in der Z f. schweiz. R IX 3. Abth. Nr 32, und das Berner Gesetz über die Errichtung von Alpseybüchern vom 21. März 1854, abgedr. bei König, Bernische Civil- und Civilprozessgesetze II 1 S 228.

giltig; entscheidend ist, dass in allen Fällen die Gesammtheit als juristische Person über ihr Vermögen die freie Verfügung hat und die Theilrechte der Genossen davon durchaus abhängig sind; wie eine Mark- oder Realgemeinde mag auch die Gehöferschaft, die Haubergs- oder Capitalisten-Alpgenossenschaft über ihr Vermögen, soweit ihre Statuten es zulassen, beliebig verfügen, die Nutzung beschränken und zeitweilig stillstellen, weil eben diese Theilrechte der Genossen gegenüber der Genossenschaft nicht jura in re aliena sind. Sobald aber — wir können nur früher Gesagtes wiederholen — die Antheile der Genossen sich so zu selbständigem Rechte verdichten würden, dass die Genossenschaft als Gesammtheit keinen Einfluss auf Bestimmung und Ausmessung derselben mehr hätte, würde die Genossenschaft überhaupt aufhören und an ihre Stelle träte eine Stiftung, da der Grund und Boden, der in ihrem Eigenthum steht, nicht herrenlos werden könnte, sondern seinem Stiftungszwecke gewidmet bliebe; der Vorstand der Genossenschaft würde zur Stiftungsverwaltung und die Genossen würden zu den stiftungsgemäss Nutzungsberechtigten.

Mit solchen Nutzungsgenossenschaften ist das deutsche Rechtsleben in reichstem Maasse angefüllt; es giebt nicht nur solche auf der Basis von Grund und Boden, sondern sie finden sich auch in Bezug auf Nutzung von Wasser, wie die aus den Eigenthümern der an einem Bache oder Flusse liegenden Wiesen gebildeten Bewässerungsgenossenschaften für die geregelte Wässerung ihrer Wiesen (Vermögensbasis: Reallastberechtigung an dem nicht in ihrem Eigenthum stehenden Flusse). Die juristische Form ist immer dieselbe.

Aber nicht blos für Nutzung von Grund und Boden oder Wasser, sondern auch zur Abwehr von Beschädigung durch Naturelemente (von Erdrutschen, Ueberschwemmungen) sind Genossenschaften entstanden. Sie gehören so gut wie die Nutzungsgenossenschaften zu den landwirthschaftlichen, weil ihr Zweck ebenso auf das Interesse der Bewirthschaftung ihres Grundes und Bodens gebaut ist. Im Binnenlande finden wir solche Genossenschaften zur Abwehr von Bergrutschen, zur Verbauung von Lawinenstürzen, von Wildbächen und Rüfen, zur Entsumpfung und Trockenlegung von Morästen, besonders aber erfordern eine Erwähnung die Deich- und Sielgenossenschaften an der See[4].

Deichgenossenschaften oder Deichverbände sind die zum Zwecke der Errichtung und der Instandhaltung der Deiche oder Dämme gegen

[4] Ueber sie Gierke I 613 mit Angabe der Quellen hauptsächlich aus den friesischen Rechten.

die See bestehenden Genossenschaften. Ob sie mit Gemeinden zusammenfallen oder mehrere Dörfer umfassen oder gegentheils nur aus den Eigenthümern der durch den Deich geschützten Grundstücke innerhalb einer Ortsgemeinde bestehen, ist für ihre rechtliche Natur gleichgiltig. Der Unterschied ist nur, dass wo das erstere der Fall ist, der Deich einen Bestandtheil des gesammten Gemeindegutes bildet, während er in den andern Fällen die einzige Vermögensbasis der ausschliesslich auf ihn begründeten Genossenschaft ist. Dieser Deich nun, um dessentwillen wenigstens in den zwei letzteren Fällen die Genossenschaft besteht, bietet den Mitgliedern keine Nutzung oder doch nur eine sehr bescheidene und (was die Hauptsache ist) in durchaus nebensächlicher Weise, vielmehr verlangt er beständige Arbeiten, welche eben die Genossen oder, da sie als Reallasten constituiert sind, deren Grundstücke belasten. Daher wird demjenigen, der seine Deichpflicht nicht erfüllt, sein dafür behaftetes Grundstück kraft der Reallastberechtigung von der Genossenschaft executionsweise weggenommen[5]. Die Deichpflicht wird durch Statuten und Beschlüsse des Deichverbandes reguliert und auf die einzelnen Mitglieder vertheilt. Das Natürlichste scheint nun, dass der Deich als ein Ganzes behandelt und jeweilen nach einheitlichem Plane und einheitlicher Arbeits- und Kostenberechnung in Stand gehalten würde, wobei immer noch offene Frage bliebe, ob die Arbeiten von der das Ganze leitenden Deichvorsteherschaft den einzelnen Genossen zu directer Ausführung überwiesen werden sollen oder der Deichvorstand die Arbeiten auf Kosten der Genossenschaft ausführen lassen und den dafür verwendeten Kostenbetrag jährlich auf die Mitglieder repartieren soll. Das letztere dürfen wir im Mittelalter noch nicht erwarten, Voraussetzung hiefür wäre das Vorherrschen einer Geldwirthschaft, die wir bei der ländlichen Bevölkerung nicht suchen dürfen, in alter Zeit noch weniger als in der heutigen, in welcher immer noch der Bauer seine Gemeindepflichten lieber durch Hand- und Spanndienste (Gemeindefrohnden) als durch Geldzahlung zu erfüllen bestrebt ist. Aber auch das erstere, Ausführung gemeinsamer Arbeit am Deich als Ganzem, finden wir nicht, sondern jedem Genossen wird ein bestimmtes Stück des Deiches, das sog. Deichpfand, auf seine Kosten und durch seine Arbeit zu unterhalten zugewiesen, wofür er dann auch das Recht auf Gewinnung des auf dem Deiche und ausserhalb desselben wachsenden Grases erhält. Diese Zutheilung eines bestimmten Stückes des Gemeinlandes an den einzelnen Ge-

[5] Ssp II 56 § 1: svelk ir nicht ne hilpt büten den dam, die hevet verworcht sogedan erve als he binnen deme damme hevet.

nossen zur Bewirthschaftung ist nichts den Deichgenossenschaften ausschliesslich Eigenthümliches, es findet sich auch bei Nutzungsgenossenschaften, geradezu nothwendig ist es bei Feldgenossenschaften (Gehöferschaften), aber auch bei Waldgenossenschaften kommt es vor (gerade bei den Haubergen des Siegerlandes)[6], und unthunlich ist es im Grunde nur bei Weide- und Alpgenossenschaften.

Dieser Umstand der Zuweisung reell ausgeschiedener Theile (zu Nutzung oder zu Leistung) an die einzelnen Genossen rechtfertigt nun aber doch kaum die oft darauf gegründete Annahme, dass eine solche Genossenschaft den Charakter der juristischen Person noch nicht rein zur Erscheinung bringe, dass vielmehr eher ein Miteigenthumsverhältnis vorliege. Rechtlich ist der Gegensatz gegen Miteigenthum völlig sicher gewahrt, es liegt nur ein verschiedener Modus der Vertheilung von Nutzung oder Leistung vor, der wirthschaftlich sehr erheblich, aber juristisch ohne Einfluss ist. Jene Haubergsgenossenschaft hat darum, weil jeder Genosse sein besonderes Stück Wald zur Abholzung erhält, den Begriff der juristischen Person um nichts weniger klar verwirklicht als eine Waldgenossenschaft, welche ihre Mitglieder das ihnen zukommende Ratum im ganzen Walde nach Anweisung der Einungsmeister schlagen lässt. So kann auch bei diesen Deichgenossenschaften von einer unentwickelten, getrübten Form der juristischen Person nicht geredet werden, und wenn neuere Gesetze von dem alten Systeme der Pfanddeichung zu dem Communionsfusse oder der Communionsdeichung übergegangen sind, d. h. eben zu der Ausführung der Arbeiten durch die Vorsteherschaft nach einheitlichem Plane und Erhebung der Kostenantheile bei den Genossen, so ist das eine wirthschaftlich eben so wichtige als juristisch unerhebliche Entwicklung dieser Corporationen.

§ 60. II. Gewerbsgenossenschaften.

Wie die landwirthschaftlichen Genossenschaften dazu geschaffen sind, um ihren Mitgliedern die rationelle Bewirthschaftung eines Gemeinlandes in möglichst allseitigem und einheitlichem Interesse zu gewähren, so dienen die Gewerbsgenossenschaften dazu, ihren Angehörigen die Ausübung ihres Berufes mit Rücksicht auf das Gesammtinteresse aller Berufsgenossen zu ermöglichen oder wenigstens die Entfaltung ihrer Berufsthätigkeit möglichst zweckmässig zum Wohle

[6] Ein altes Beispiel aus NR. UB. II Nr 281 führt Stobbe, Handb. 2. Aufl. I 448 Anm 15 an.

sämmtlicher Berufsgenossen zu gestalten. Es ist hier kein Vermögensobject, dessen Verwerthung im Interesse der Gesammtheit den Zweck der Genossenschaft bildet, als Grundlage der Vereinigung vorhanden, sondern die berufliche Bethätigung der Mitglieder ist dem Gesammtzwecke dienstbar gemacht und damit das für den Charakter dieser Genossenschaften als juristischer Personen maassgebende Moment vorhanden. Die Berufsthätigkeit der Genossen ist in den Dienst und unter die Herrschaft des Gesammtwillens der Genossenschaft gestellt.

Der Haupttypus dieser Gewerbsgenossenschaft ist die Zunft.

Solange der städtische Handwerker gleich dem ländlichen Dageskalken in hofrechtlicher Hörigkeit den täglichen Dienst (das quotidianum servitium) für den Grundherrn verrichtete, sorgte auch das Hofrecht für Regelung dieses Dienstes und schuf es unter den Genossen gleichen Berufs Recht bei Streitigkeiten in Berufssachen, wie Arbeiterabdingen u. dgl. Zu diesem Zwecke waren sämmtliche Genossen desselben Gewerbes und Handwerkes in officia unter einem Dienstmanne als Meister vereinigt. Als nun das Handwerk die Schranken der Hörigkeit brach und auf den freien Markt des Verkehrs heraustrat (foro rerum venalium studere), blieb doch das Bedürfnis einer solchen gewerblichen Ordnung bestehen. Das begreifen wir wieder besser, seitdem wir Zeugen davon sind, wie in unserer Zeit das Handwerk nach staatlichem Schutze gegen schlechte Concurrenz, nach Gewerbegerichten u. dgl. schreit. Was jetzt der Staat thun soll, das schuf sich damals das Handwerk selber, denn die Staatsgewalt liess sich nicht zu Culturaufgaben herbei, nationalökonomische Probleme zu lösen blieb der Initiative der Berufsgenossen und der direct Betheiligten überlassen. So organisierte sich das freie Handwerk selbst, an die Stelle der in grossen Städten von verschiedenen Grundherrschaften her mehrfach vorhandenen officia desselben Handwerks trat, von dem Herrn der Stadt sanctioniert, die einheitliche Zunft: Schutz gegen Pfuscherei, d. h. gegen die das Handwerk demoralisierende Concurrenz ungelernter Stümper, Hilfe gegen Abdingen der Gesellen, Handhabung einer Aufsicht über regelrechte Erlernung des Handwerks u. s. f. und zu diesem Behufe eine Organisation in Meister, Gesellen und Lehrlinge und vor allem eine Zunftgerichtsbarkeit als Hüterin aller dieser Berufsinteressen waren die Aufgaben und Zwecke, denen die Zünfte ihre Entstehung verdankten.

Ihre volkswirthschaftliche Bedeutung zu erörtern ist nicht unsere Aufgabe. In rechtlicher Beziehung ist ihr Charakter als juristische Person sofort des bestimmtesten ausgeprägt: der Gesammtwille der Corporation als solcher, ausgesprochen durch die Beschlüsse der Zunft-

versammlung, Meistergebote u. dgl., beherrscht die Berufsthätigkeit der Zunftbrüder. Dadurch ist ja eben die Zunft zu Stande gekommen, dass der Einzelne seinen freien Willen bezüglich Ausübung und Ausbeutung seines Handwerkes hingegeben hat für ein Gesammtinteresse und den zur Erreichung desselben und eines höheren Zweckes nöthigen einheitlichen Willen der Gesammtheit. So ist auch das Zunftvermögen Eigenthum der Zunft als solcher, kein Gesammteigenthum der Genossen, welche darum nicht mit gesammter Hand darüber verfügen. Aber auch hier ist nicht ausgeschlossen, dass, wie die Mark bei Markgenossenschaften, so das Zunftvermögen der directen Nutzung der Genossen dient, sei es durch Inanspruchnahme der Zunfthäuser oder gewerblicher Einrichtungen und Geräthschaften der Zunft seitens der Genossen zu privaten Zwecken, sei es durch Verwendung der Capitalzinsen zu Zunftschmäusen.

Ueberhaupt tritt der Parallelismus zwischen Markgenossenschaft und Zunft in den späteren Schicksalen beider recht auffällig hervor: hier wie dort Verkümmerung des Gesammtzweckes durch Beschränkung des Nutzens auf Wenige. Wie bei der Markgenossenschaft ihr ursprünglicher Zweck, Bewirthschaftung der Mark im Interesse der Gesammtheit, sich mehr und mehr verdunkelt, je enger der Kreis der Nutzungsbezüger gezogen wird, und schliesslich aus denselben eine Realgemeinde entsteht, welche der alten Genossenschaft (Dorfgemeinde) als reallastberechtigt mit dem Rechtsanspruch auf bestimmte Nutzung gegenübersteht, so ergiebt sich uns dasselbe für die Zunft, sobald wir statt Bewirthschaftung der Mark Regelung des Handwerkes, statt Nutzung der Almend Ausübung des Berufs setzen. Das sind ja die correlaten Begriffe für diese verschiedenen Arten von Genossenschaften. Wie in den Dorfgemeinden zunächst ein Dorfpatriciat die Nutzungen auf eine Anzahl Güter oder Personen fest abgeschlossen hat, so begrenzen die Zünfte die Ausübung des Handwerkes auf eine bestimmte Zahl von Meisterrechten, die entweder mit einer dinglichen Grundlage verknüpft sind, z. B. Fleischerbänken in dem Schlachthause u. dgl. (Analogie der an Hubengüter gebundenen Nutzungen), oder als persönliches Recht von einzelnen Mitgliedern erworben sind. Und wie in den Gemeinden jene Nutzungen im Fortgange der Zeit selbständige Gerechtigkeiten geworden sind, deren Erwerb nicht durch das Gemeinderecht bedingt ist, gegentheils die Mitgliedschaft in der neuen Realgemeinde mit sich führt, so werden auch diese zünftischen Meisterrechte für sich bestehende Verkehrs- und Vermögensobjecte, die der Inhaber frei veräussern kann, und durch deren Erwerb man die Mitgliedschaft und volle Berechtigung in der Zunft erlangt. Diese ana-

loge Entwicklung hat hier wie dort gleiche Ursachen: Absterben des Gemeingefühls und des Gesammtinteresses in Bezug auf den ursprünglich gesetzten Gesammtzweck und demzufolge ein Erstarren der Verhältnisse in der Form, welche gerade in dem Moment dieses Absterbens erreicht war, gleich dem Gefrieren des beweglichen Wassers zu Eis mit dem Dahinschwinden der belebenden Wärme. Wären damals den Gemeinden nicht neue Aufgaben und Gesammtzwecke erwachsen, die ihnen auch neues Leben einflössten, so hätten sie in den Realgemeinden verschwinden müssen. Den Zünften war es nicht beschieden, sich auf Grund neuer Gesammtzwecke wieder zu beleben; die Nebenzwecke politischer und religiöser Natur, die sich von Anfang an bei ihnen an den gewerblichen Hauptzweck angeschlossen hatten, erwiesen sich nicht als selbständig lebenskräftig genug hiezu, und so verknöcherte die Zunft in einer Art Realgemeinde, d. h. einer Monopolisierung des Gewerbebetriebs auf eine bestimmte Zahl von Meisterrechten, bis sie von dem Princip der Gewerbefreiheit zertreten wurden.

Kurze Erwähnung verdient noch eine besondere Art von Gewerbsgenossenschaften, welche das Eigenthümliche hat, dass sie ihren Mitgliedern die Ausübung ihres Berufes durch ein der Genossenschaft gehörendes, gewöhnlich in Liegenschaften bestehendes Vermögen ermöglicht: eine Genossenschaftsform, welche das Bindeglied mit den landwirthschaftlichen Genossenschaften herstellt und ebenso zu den Capitalgenossenschaften des folgenden Paragraphen hinüberleitet, indem die betreffende Genossenschaft in Bezug auf dieses zum Gewerbebetrieb nothwendige Object (Schlachthaus u. s. w.) als Vermögens- oder Capitalgenossenschaft erscheint. Hieher gehören besonders die im Mittelalter viel verbreiteten Mühlengenossenschaften, z. B. die der Kölner Mühlenerben, welche eine Anzahl von Rheinmühlen als corporatives Eigenthum besassen und die Benutzung des Rheines auf Grund Corporationsrechtes in Anspruch nahmen. Dieses letztere Recht war jedenfalls sehr bestimmt als ein der Genossenschaft als juristischer Person zustehendes Recht anerkannt, mochte auch bezüglich des Eigenthums an den Mühlen selber die Auffassung schwankend sein[1]. Ganz entschieden tritt der Charakter der juristischen Person hervor bei einer in Basel bis auf unsere Tage bestehenden Genossenschaft der sog. Wasser- und Gewerbsinteressenten am Riehenteich. Dieser „Riehenteich“, d. h. ein aus dem Wiesenflusse bei Riehen abzweigender und zu Basel in den Rhein mündender Canal, steht seit uralter Zeit im Eigenthum einer Genossenschaft, deren Mitglieder die Inhaber einer

---

[1] Vgl. Gierke I 969.

feststehenden Anzahl von Gewerben sind, welche die Wasserkraft des Canals benutzen. Rationelle Verwerthung der Wasserkraft im Gesammtinteresse des Vereins ist der Zweck, um dessentwillen derselbe besteht. Die Versammlung der Mitglieder regelt die Benutzung des Wassers durch Beschlüsse, die Kosten des Canalunterhaltes trägt die Genossenschaftscasse, welche durch Beiträge der Mitglieder gespeist wird. Wie hier der Canal selber Eigenthum der Genossenschaft ist, so liesse sich auch, analog den Realgemeinden, die Form denken, dass das Wasser in fremdem Eigenthum oder in publico usu steht und die Genossenschaft eine Reallastberechtigung hat, welche ihre Vermögensbasis bildet.

§ 61. III. Bergwerksgenossenschaften[1].

Auf dem weiten Gebiete der genossenschaftlichen Gebilde des Mittelalters treffen wir noch, neben weniger wichtigen, die Genossenschaften für Bergbau und Salinenbetrieb. Wir dürfen sie nicht ganz unerwähnt lassen, obschon sie keine eigenthümliche Rechtsform, ja nicht einmal eine besondere Art in wirthschaftlicher Beziehung darstellen. Es sind Capital- oder Vermögensgenossenschaften mit allen wirthschaftlichen und rechtlichen Merkmalen und Aeusserungen dieser Genossenschaftsform, rückwärts am nächsten bei den in § 59 besprochenen Wald-, Alp- und Deichgenossenschaften liegend, vorwärts die unmittelbare Verknüpfung mit der modernen Actiengesellschaft bewirkend. Eine specielle Prüfung erfordert nur die Frage, ob diese Genossenschaften von Anfang an das Princip der juristischen Person zur Erscheinung gebracht haben oder ob sie nicht vielmehr in erster Zeit Gemeinderschaften zu Gesammthandsrecht oder gar nur den gewöhnlichen Grundsätzen über Miteigenthum und Gesellschaft unterstellt gewesen sind.

Zweifel in dieser Hinsicht sind dadurch entstanden, dass bei den Gewerkschaften, wie die Bergbaugenossenschaften genannt wurden, die Antheile der einzelnen Gewerken oder Genossen, die sog. Kuxe, als Immobilien bezeichnet und als solche einem sachenrechtlichen Verkehre unterworfen worden sind, so, dass der einzelne Genosse seinen Kux verpfänden kann u. s. f. Das Verhältnis ist nämlich folgendermaassen reguliert: das Bergwerk gehört der Gewerkschaft, welche sich für Bau und Betrieb desselben gebildet hat. Die zu diesem Zwecke zusammengetretenen Mitglieder haben zunächst die Kosten

---

[1] Gierke I 455. 971. Stobbe, Handbuch I § 59.

für Herstellung und Inbetriebsetzung des Bergwerkes aufzubringen. Zu diesem Behufe wird das Bergwerk in eine bestimmte Zahl, und zwar nach altem Brauche in 128 ideelle Quotentheile (Kuxe) getheilt, welche von den Genossen (Gewerken) übernommen werden müssen, wobei der eine mit einer grösseren, der andere mit einer geringeren Anzahl sich betheiligen kann. Nach Verhältnis der von ihm erworbenen Kuxe trägt jeder Genosse die Kosten des Betriebs, die Zubussen, so lange das Bergwerk keinen Ertrag abwirft, und participiert er am Gewinne, sobald sich ein solcher ergiebt. Ueber diese ideellen Quotentheile, die Kuxe, und deren Inhaber wird nun eine genaue Controle in einem Bergbuche geführt; wer seinen Kux veräussert, muss dem Erwerber das Eigenthum daran durch Zufertigung im Bergbuche übertragen, auf gleichem Wege wird der Kux verpfändet.

Damit ist aber doch nichts gegeben, was mit dem Wesen der juristischen Person unverträglich ist; man kann höchstens sagen, dass die Ausdrücke und vielleicht die rein äusserliche Manipulation noch ungelenk und schwerfällig seien, und eine klare Erkenntnis des wirklichen Rechtsverhältnisses dazu geführt hätte, den Antheil des einzelnen Genossen nicht in dieser Weise als Bergwerksantheil, sondern als das, was er wirklich ist, als Nutzungsantheil auch zu bezeichnen. Aber die Ausdrücke und die Form sind doch nicht entscheidend, sondern der Inhalt des Antheilrechts[2], und in dieser Hinsicht sind von jeher alle Consequenzen, welche aus Gesammteigenthum oder gar reinem Miteigenthum fliessen müssten, abgelehnt worden; der einzelne Genosse kann über seinen Kux frei verfügen und bedarf nicht der Mitwirkung der Genossen zu gesammter Hand, höchstens dass ein Retractrecht der Genossen besteht; die Theilungsklage ist absolut ausgeschlossen und damit das Princip des Miteigenthumsrechtes im Grunde preisgegeben. Der Kux ist, wenn man die Sache genau nimmt, doch schliesslich nicht ein ideeller Theil des Bergwerks selbst, sondern das Mitgliedsrecht, kraft dessen man an Gewinn und Verlust des Bergwerkes betheiligt ist. Es ist nicht anders als bei den Alpgenossenschaften in der Schweiz, welche sich bis auf den heutigen Tag vielfach mit ganz gleichen Formen behelfen, obschon ihr Charakter als juristische Person ausser Zweifel steht. Das Berner Gesetz über die Errichtung von Alpseybüchern von 1854[3] schreibt für die

[2] Wie Stobbe, Handbuch 2. Aufl. I 475, mit Recht bemerkt: ob Statuten von Actiengesellschaften den Actionären Eigenthum am Vereinsvermögen zuschreiben, sei nicht maassgebend, denn das ganze Wesen des Actienvereins liefere den sicheren Beweis, dass der Ausdruck Eigenthum nur unpassend gewählt sei.

[3] S. oben S 295 Anm 3.

Alpen, welche in Alprechte eingetheilt (geseyet) sind, Errichtung von Seybüchern vor, in welche alle Uebertragungen und Verpfändungen von Seyrechten einzutragen sind; der einzelne Nutzungsberechtigte heisst Eigenthümer seines Alpbesitzstandes. Dieser Alpbesitzstand ist aber nicht ein ideeller Theil der Alp selbst, sondern ein solcher der Alpnutzung, und diese hinwiederum ist Genossen- oder Mitgliedschaftsrecht, welches gegenüber der Genossenschaft selbst durch das Statut derselben normiert ist und nach aussen als dinglich fundierte Rechtsame (§ 69), somit als Immobile gedacht ist und an der Form des Immobiliarverkehres Theil nimmt. So ist es aber auch bei den Gewerkschaften: der Kux ist wie die Alpnutzung in Wirklichkeit das als Vermögenswerth gestaltete Mitgliedschaftsrecht und als solches ebenso gut Immobile wie das Seyrecht.

Die moderne Berggesetzgebung hat den Charakter der Gewerkschaften als juristischer Personen anerkanntermaassen unzweifelhaft festgestellt. Man darf nun doch billig fragen, ob durch diese begrifflich richtigere Fassung des Verhältnisses in Wesen und Inhalt desselben etwas Neues sei geschaffen worden, ob diese Gewerkschaften nun wirklich etwas Anderes geworden sind als sie früher waren. Die Antwort muss, so viel ich sehe, durchaus verneinend lauten. Der Sache nach sind sie geblieben was sie von jeher gewesen sind. Das zeigt aber, dass schon das alte Recht den Begriff der juristischen Person hier angewendet hat, wenn es auch den unserer heutigen Technik entsprechenden Ausdruck dafür noch nicht gefunden hatte.

Ebenso verhält es sich mit Salinen und Sälzergenossenschaften[4]. Das Eigenthum zu gesammter Hand, welches Schröder bei den Erbsälzern zu Werl annimmt, existiert in der That nicht, Schröder sagt ganz richtig (S 270): „Das Salzwerk (d. h. das aus der Mitgliedschaft folgende Recht des Salzsiedens) gewährte dem Einzelnen Theil und Gemeinschaft, d. h. ein individuelles Nutzungsrecht am ungetheilten Ganzen (den beiden Quellen)." Also die Quellen standen nicht in Eigenthum zu gesammter Hand, noch weniger aber das Nutzungsrecht, welches eben Mitgliedschaftsrecht war.

Bei Betrachtung dieser genossenschaftlichen Gebilde hat sich uns die Gleichheit mit der Actiengesellschaft immer als unabweislich aufgedrängt: das Nutzungsrecht (der Pflug, der Jan, das Seyrecht), der Kux, die Deichpflicht u. s. f. ist rechtlich nichts Anderes als die Actie. Aber was ist denn die Actie? ist sie eine Quote am Vermögen der Actiengesellschaft? keineswegs, denn der Actionär hat kein Miteigen-

[4] Vgl. z. B. Schröder, Die Erbsälzer zu Werl, in Z f. RG X 258 ff.

thumsrecht an der Substanz des Gesellschaftsgutes, an dem Eisenbahnkörper, dem Betriebsmaterial u. s. f. Sie ist nichts Anderes als das Mitgliedschaftsrecht, vermöge dessen man Anspruch auf den statutenmässigen Antheil am Ertrage hat und bei Auflösung der Gesellschaft den der Actie entsprechenden Theil des Vermögens erhält. Mag man das immerhin mit Stobbe[5] ein Forderungsrecht gegen den Verein nennen: es ist damit noch nichts gewonnen, weil die Hauptfrage damit nicht entschieden ist, aus was für einem Verhältnis dieses Forderungsrecht stammt. Es ist eben Forderungsrecht aus Mitgliedschaft, nicht etwa aus Darlehn oder dgl., so wenig wie das Nutzungsrecht des Markgenossen ein jus in re aliena ist. Gierke[6] bezeichnet die Actie richtig als das zur Sache gewordene Genossenrecht, gerade so wie wir die Seyrechte, die Kuxe u. s. f. als die nach aussen als Immobilien in Verkehr kommenden Mitgliedschaftsrechte bezeichnet haben. Die Mitgliedschaft, das Genossenrecht ist abhängig geworden von dem Erwerb eines Antheilrechtes, seitdem dasselbe frei veräusserlich geworden ist.

Zweites Kapitel.

Die Stadtgemeinden.

§ 62[1].

Die Dorfgemeinden sind das ganze Mittelalter hindurch im wesentlichen das geblieben, was sie von Anfang an gewesen sind: Genossenschaften für Bewirthschaftung ihrer Mark, wie wir sie in § 56 kennen gelernt haben. Dass sich noch in dieser Periode weitere Zwecke an diesen ursprünglich einzigen angesetzt haben, dass die schon vorhandene Markgemeinde zumal in grundherrlichen Marken auch als Basis der Hofgerichtsverfassung benutzt wurde u. dgl., ändert an dieser Thatsache nichts; denn das alles bleibt äusserliche Zuthat, welche den Kern, die Markgenossenschaft, unberührt lässt, ist nicht Erzeugnis des markgenossenschaftlichen Wesens. Anders wird es seit dem 16. Jahrhundert dadurch, dass der alte markgenossenschaftliche Zweck sich mehr und mehr in der Gemeinde selbst verdunkelt, da-

---

[5] Handbuch I, 2. Aufl., S 476.
[6] I 1017.
[1] Gierke, Genossenschaftsrecht II § 21—31.

gegen neue Aufgaben und Ziele an dessen Stelle treten und die Gemeinde zu einer neuen juristischen Person umgestalten. Vor der politischen Neubelebung der Gemeinde ist oft das, was von alter Markgenossenschaft übrig geblieben ist, ganz in die Realgemeinde zurückgetreten und hier in feste Privatberechtigungen verknöchert, um schliesslich abgelöst und ausgekauft zu werden.

In den Städten hat sich die Umgestaltung viel früher vollzogen, schon in der Blüthezeit des Mittelalters sind die Städte unter Abstreifung aller landwirthschaftlichen Zwecke politische Corporationen und Mächte geworden. Darum ist von ihnen hier ein kurzes Wort zu sagen.

Die wirthschaftliche wie die rechtliche Lage einer Stadtgemeinde war ursprünglich keine andere als die einer Dorfgemeinde. Aber je mehr vor dem aufstrebenden Handel und Gewerbe der Ackerbau und die Viehzucht aus den Städten wich, verlor das Gemeingut, die Almend, ihre alte Bedeutung. Nur zu kleinem Theile blieb sie Nutzungsobject für den häuslichen Bedarf der Bürgerschaft, zu grösserem Theile wurde sie für andere Zwecke verwendet. Für Gründung neuer Klöster wurden bisweilen ansehnliche Stücke der Almend hergegeben, wie die Erzählung von der Errichtung des St. Leonhards-Stiftes in Basel berichtet, der Bischof habe auf Grund eines Gemeindebeschlusses den Berg, auf dem das Stift erbaut war, und der totius urbis civium communis erat, dem Stifte geschenkt[2]. Später, als die Stadt eigene Verwaltung städtischer Angelegenheiten und einen damit betrauten Rath erlangt hatte, diente die Almend zunächst den städtischen Verwaltungszwecken und gab den Grund und Boden zu städtischen Bauten her, zu denen der Stadtwald das Material lieferte. In dieser Zeit erscheint die rathsfähige Bürgerschaft als die Stadtgemeinde und somit als Eigenthümerin der Almend. Und wie in den Dorfgemeinden Verwendung der Almend und des Almendnutzens zu specifischen Gemeindezwecken und zum Bedarfe der Genossen nicht getrennt ist, so geht auch in den Städten beides dergestalt neben einander her, dass die Almend gleichmässig für Bau der Rathhäuser und anderer öffentlicher Gebäude, wie für die Privatbedürfnisse der Genossen in Anspruch genommen wird, und etwa, wie in Strassburg, die Trinkstuben der Geschlechter auf Almendboden errichtet werden. Das begegnete keinem Anstande, so lange die Bürgerschaft (communitas civium) nur aus den Geschlechtern bestand, aber das alles änderte sich, seitdem im 13. Jahrhundert der frei gewordene Handwerkerstand ebenfalls in der universitas civium

[2] Trouillat II Nr 2.

inbegriffen war und namentlich zu allen städtischen Lasten des Kriegsdienstes und des Ungeldes von den regierenden Geschlechtern herbeigezogen wurde. Hier war die Stadtgemeinde an einem Zustande angelangt entsprechend demjenigen in den Dörfern zu der Zeit, da ein Dorfpatriciat (die Hubenbesitzer u. s. f.) die Nutzung der Gemeindegüter ausschliesslich für sich in Anspruch genommen und die Genossen minderen Rechtes, die „Armen", die „Beisassen", von der Theilnahme an der Nutzung ganz oder fast ganz ausgeschlossen hatte. Das war der Wendepunkt, wo sich städtische und ländliche Entwicklung der Gemeinden von einander schied. In den Dörfern, haben wir gesehen, war die Widerstandskraft der Ausgeschlossenen zu schwach, um Gleichberechtigung zu erringen, das Dorfpatriciat blieb in der Herrschaft und entwickelte sich später, als die Dorfgemeinde sich auf Grund neuer öffentlich-rechtlicher Aufgaben zu neuen Zwecken reconstituierte, zur Realgemeinde. In den Städten liess sich das aufstrebende und durch Wohlstand und materielle Blüthe erstarkte Handwerk und Gewerbe nicht niederhalten und erzwang sich — politische und wirthschaftliche Interessen gehen da Hand in Hand — mit der Rathsfähigkeit, also der politischen Gleichberechtigung, auch die Mitnutzung der Almend. Das Beispiel von Strassburg stellt uns das sehr klar dar. Schon 1261 forderte der Bischof, der mit den Geschlechtern im Streite lag, dass die Almend Reichen und Armen gemein sein solle. Seine Niederlage in dem daraus entspringenden Kriege sicherte den Geschlechtern noch die Alleinherrschaft, aber der Sieg der Zünfte im Jahre 1332 brachte es sofort mit sich, dass der neue Rath die auf Almend erbauten Trinkstuben der Geschlechter niederreissen liess[3].

Aber das Gemeindegut, die Almend, ist überhaupt, in den grösseren Städten wenigstens, schon in dieser Zeit nicht mehr das Element, auf welchem die Existenz der Stadtgemeinde beruht, und verliert im Fortschritte der Zeit noch mehr seine Bedeutung. Denn es tritt völlig zurück gegenüber den politischen und gewerblichen Zielen, die an die Städte herangetreten sind. Die Bürgerschaft bewegt sich nicht mehr in dem engen Geleise bäuerlicher Bewirthschaftung ihres Gemeindegutes, sondern ist hinausgetreten auf das Feld der Bethätigung an den Händeln, die das Reich erregen, und gewinnt die landesherrlichen Rechte. Der städtische Haushalt gründet sich nicht mehr auf den Ertrag der Stadtmark, sondern auf die Steuerkraft der Bürger. Eine genaue Finanzverwaltung des städtischen Vermögens, das nun zu ausschliesslich städtischen Zwecken seine Verwendung findet, muss die

[3] UB. Strassburg I Nr 467. Closener, Strassb. Chronik S 102 f.

vermögensrechtliche Persönlichkeit der Stadtgemeinde zu voller Erkenntnis bringen. Indem die Stadtgemeinde, die civitas, als Eigenthümerin des städtischen Vermögens anerkannt ist, bei Bürgern und Auswärtigen Credit findet, Anleihen aufnimmt und darüber Rentenbriefe auf der Stadt Gut oder geradezu Schuldverschreibungen ausstellt, von Testatoren zum Erben eingesetzt wird, ist bei ihr auch formell der Charakter der juristischen Person zu deutlichstem Ausdrucke gekommen. Man kann sagen, dass zuerst an den Stadtgemeinden dem deutschen Rechte der Begriff der juristischen Person, den es schon Jahrhunderte lang mit sicherem Bewusstsein gehandhabt hatte, zum juristischen Verständnis gekommen ist.

Drittes Kapitel.

Der Fiscus.

§ 63.

Sofern der Staat als Vermögensrechtssubject am privatrechtlichen Verkehre Theil nimmt, erscheint er unter dem Namen fiscus als juristische Person und somit als Privatrechtsinstitut. Es ist zu untersuchen, ob und wie weit das deutsche Recht zu dieser Auffassung durchgedrungen ist.

Lesen wir bei Tacitus (Germ. 10), dass Opferpferde auf gemeine Kosten gehalten werden (publice aluntur), und weiter (Germ. 12), dass ein Theil des Wergeldes und der Busse dem Gemeinwesen zufalle, so ist damit noch nicht gesagt, dass der Staat als Vermögensrechtssubject klar gedacht gewesen sei; aber sicherlich war die Anlage dazu vorhanden, und der Begriff der juristischen Persönlichkeit hätte bei Fortdauer der republikanischen Verfassung mit einer gewissen Nothwendigkeit rasch zur deutlichen Erkenntnis kommen müssen. Die Allmacht des Königs in der fränkischen Monarchie hat jedoch eine Verzögerung bewirkt.

Während nämlich die unter einem Wahlkönige stehenden Langobarden, und ebenso die angelsächsischen Reiche, noch Königsgut und Staatsgut aus einander zu halten scheinen[1], hat bei den Franken,

---

[1] Vgl. Sohm, Fränk. Reichsverfassung S 31 f.

deren Reichsgründung für den Staatsbegriff des Mittelalters maassgebend geworden ist, die Art, wie diese Reichsgründung zu Stande kam, und damit die Gestaltung der königlichen Gewalt von vorneherein die Entwicklung in eine andere Bahn gedrängt. Nicht der Frankenstamm erobert sich ein Land, sondern der Frankenkönig gründet sich ein Reich. Nicht das Volk nimmt daher das viele römische Staatsgut und das herrenlose Land in Besitz, sondern der König schlägt die Hand darüber. Es tritt damit das Verhältnis ein, dass Privatgut des Königs und Staatsgut nicht getrennt sind.

Das ist nun zwar ein unbeanstandeter Satz, aber eine wichtige Frage, welche sich sofort daran schliesst, ist, so viel ich sehe, nirgends recht untersucht: unterlag nun alles dieses Gut den privatrechtlichen Grundsätzen namentlich des Familien- und Erbrechtes, so dass beispielsweise Veräusserung desselben seitens des Königs an den Consens seiner Gemahlin und der Kinder gebunden war, oder war es dem Privatrechte in dieser Hinsicht entzogen, also der freien persönlichen Verfügung des Königs als des Herrschers anheim gegeben? Bei Veräusserung von Privatgut durch einen Ehemann und Vater finden wir schon in den ältesten merovingischen Privaturkunden die Mitwirkung von Ehefrau und Kindern in irgend welcher Form[2]. Dem entgegen verfügen die merovingischen Könige — man sehe die Urkunden in K. Pertz' Diplomata Nr 1. 2. 3. 5. 14. 16 u. s. w. — immer allein, ohne irgend welche Beziehung auf solche Familiengebundenheit, über die Güter fisci nostri. Nun ist es ja nicht unmöglich, dass das eigentliche Familiengut des Königs von diesen res fisci nostri gesondert gehalten war, und dass der König über jenes nur mit Consens seiner nächsten Erben, über dieses dagegen frei verfügen konnte. Diese Trennung konnte, wie wir ähnliches später im Deutschen Reiche finden, unschwer in der ersten Zeit nach der Reichsgründung durch einige Generationen hindurch, welche die Erinnerung an die Herkunft der Güter noch festhielten, bewahrt werden, aber in der Folge konnte sie nicht mehr bestehen, eine Verdunkelung des Ursprungs der Güter musste nothwendig eintreten, und so dürfen wir uns unter dem Ausdrucke fiscus, res fisci nostri, alles Hausgut des Königs und ursprüngliches Staatsgut vereinigt denken. Ueber das alles verfügt nun aber der König allein kraft seiner Machtvollkommenheit, welche ihn über das Gesetz stellt, so dass er weder durch Familienrechte von Ehefrau und Kindern, noch durch Reichsstände gehindert ist. Er erlässt einen Befehl — seine Gutsveräusserungen heissen ja geradezu praecepta —

[2] Sandhaas, Fränk. ehel. Güterrecht S 114.

unter Königsbann, gegen welchen Niemand aufkommen und das Recht anrufen kann, und so werden sich auch die Familienglieder bei Veräusserung von Hausgut haben fügen müssen. Allerdings steht dieser Befehl unter der Gefahr, dass der Nachfolger, der seinen Consens nicht gegeben hat, ihn kraft derselben Machtvollkommenheit widerrufen wird.

Unter den Merovingern mag sich immerhin das Verhältnis von Haus- und Krongut einfach gestaltet haben; ein Hausgut, das jedenfalls nur im alten Salierland existieren konnte, war gegenüber dem noch unerschöpften Staatsgute verschwindend klein und das Reich war als Erbreich genugsam gesichert, um eine sorgsame Unterscheidung für den Fall des Verlustes der Königswürde überflüssig erscheinen zu lassen. Königinnen werden mit Reichsgut dotiert, wie Gaileswintha[3], oder sonst reich beschenkt und ausgestattet, wie Radegundis, welche im J. 584 ein Kloster gründete et quantum mihi munificentia regalis est largita facta donatione dotavi . . . de rebus quas in me dominus Chlotharius vel filii sui contulerunt[4]. Und Fredegunde besitzt gewaltige Schätze von Gold und Silber, die ihr der König und die Grossen geschenkt haben[5]. So gehört auch zur ehelichen Errungenschaft, was während der Regierungszeit des Königs den Schatz vermehrt hat, und die Witwe erhält davon ihr Drittel, wie es von Nanthildis, Witwe Dagoberts, berichtet wird[6], obschon diese Errungenschaft wesentlich von Staatseinnahmen herrührt.

So gewinnen die Ehefrau und die Kinder, zumal die Töchter des Königs bei dieser Vermischung von Haus- und Krongut mehr als sie durch den Ausschluss von der Consensertheilung bei Verfügung über das Hausgut verlieren. In der That ist das Gefühl allgemein vorhanden, dass das Reich dadurch geschwächt werde. Im Westgotenreiche haben die Grossen durch das Toletanische Gesetz von 653 dem König eine Beschränkung aufgenöthigt[7], im Frankenlande wagen es die Würdenträger nicht, gerade heraus Aenderung des bestehenden Rechts zu fordern, aber sie lassen oft ihren Klagen darüber, wie der Schatz des Reiches durch königliche Verschwendung an Prinzessinnen verschleudert werde, freien Lauf, und ein Theilkönig giebt dem andern etwa eine Mahnung zu Mässigung. Als Chilperich seine Tochter Rigunthe dem westgotischen Kronprinzen vermählte, schickte König

---

[3] Boretius, Capitularia I 13.
[4] K. Pertz, Dipl. M. 7. [5] Greg. Tur. VI 45.
[6] Fredegar 84 f. Aimoin 4, 36. Gesta Dagob. 47.
[7] Sohm, Fränk. Reichsverfassung S 27 f.

Childebert Gesandte nach Paris mit der Ermahnung, zur Ausstattung seiner Tochter nichts zu verwenden, was er von seinem Bruder Sigebert in Besitz habe[8]. Damals war es eben, da Fredegunde die ungeheuere Menge von Gold, Silber und Gewändern zum Vorschein brachte, und die darüber bestürzten Franken also anredete: Glaubet nicht, Männer, dass ich etwas hiervon den Schatzkammern der früheren Könige entnommen habe, alles ist mein Eigenthum und es ist nichts aus dem Staatsschatze (de thesauris publicis) darunter. Umgekehrt ist es in jener Erzählung Fredegars 13 der burgundische König, den die Verheiratung einer Prinzessin einen schweren Entschluss kostet, weil er sie mit Reichsgut dotieren muss: Gundobad bricht bei der Werbung Chlodwigs um die Hand der Chrotilde in die Klage aus: soll ich etwa mein Reich und meine Schätze auch König Chlodovech geben? Erst als ihm seine Grossen zureden: halte Frieden und gieb deiner Nichte etwas von dem Schatze, bequemt er sich schweren Herzens dazu in dem lebendigen Gefühle, dass er sein Reich schwäche, und er klagt: Was bleibt mir noch übrig als mein Reich mit Chlodovech zu theilen?

Unter den Karolingern bleiben die Verhältnisse und Anschauungen unverändert. Das neue Königshaus besass grosse Familiengüter in Austrasien, über welche die Hausmeier noch jeweilen nach gemeinen privatrechtlichen Grundsätzen verfügt hatten, Pippin der ältere immer unter Mitwirkung seiner Gemahlin Plektrude[9]; aber schon von Karl Martell an cessiert bisweilen die Betheiligung der Familienglieder[10], was sicherlich damit zusammenhängt, dass eben dieser Karl bereits auch über res fisci verfügt[11]. Er gerierte sich eben als König und absoluter Machthaber auch in diesen Beziehungen. Seit der förmlichen Besetzung des Thrones disponieren die Karolinger immer frei durch praecepta; sie sprechen dabei bald von res proprietatis nostre oder juris nostri, bald von res fisci, und es ist zweifelhaft, ob in diesen Ausdrücken nicht mindestens noch eine Reminiscenz an das früher vorhandene Getrenntsein von karolingischem Hausgute und Staatsgute durchklingt[12]. Eine Haupturkunde, der Bestätigungsbrief Karls d. Gr.

---

[8] Greg. Tur. VI 45 zum J. 584.

[9] K. Pertz, Dipl. A. 2—6: P. et uxor mea P. donamus in re proprietatis nostre u. dgl.

[10] In K. Pertz, Dipl. A. 14, figuriert unter den Unterschriften noch die der Frau und des Sohnes, in 15 die des Sohnes.

[11] K. Pertz, Dipl. A. 11.

[12] Vgl. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte IV 119 Anm 3.

für Prüm[13], spricht eher für solche Annahme, indem der Abtei alle ihre Güter, die sie von Pippin erhalten, res fiscales ac proprietatis, bestätigt werden; Prüm scheint wesentlich mit karolingischem Hausgute dotiert worden zu sein, in der Bestätigungsurkunde Pippins von 762[14] ertheilen die Gemahlin Bertrada und die Söhne ihren Consens, und später wird gerne ausdrücklich erwähnt, dass Pippinus et Bertrada regina monasterium in rebus proprietatis eorum construxerunt[15]. Aber regelmässig wird doch nicht genau und grundsätzlich unterschieden, und die am häufigsten gebrauchten Ausdrücke res juris nostri und res fisci (fisci nostri) sind identisch. Das Maassgebende war auch hier, dass der König kraft seiner Machtvollkommenheit befahl, ohne sich um den Consens der Familienglieder zu kümmern, und diese letzteren reichen Ersatz dafür in den Zuwendungen fanden, welche ihnen aus den Krongütern zuflossen. Dass z. B. der Errungenschaftsantheil der Witwe auch aus dem Krongute ausgewiesen wurde, zeigt die von Sandhaas[16] mitgetheilte Stelle aus Flodoard 84 u. 85. Abgesehen von allem andern konnten wohl auch auf die Länge Haus- und Reichsgüter nicht mehr genau ihrer Herkunft nach aus einander gehalten werden.

Schon sehr viel bestimmter tritt die Tendenz eines solchen Getrennthaltens von Haus- und Reichsgut seit den sächsischen Kaisern auf. Heinrich I. dotiert im J. 929 die Gemahlin Mathilde cum consensu et adstipulatione filii nostri Ottonis mit Gütern propriae hereditatis[17]. Otto I. bewidmet Quedlinburg mit Besitzungen, die sein Vater zu Eigen gehabt hatte, und bestimmt, dass bei Uebergang der Königswürde auf ein anderes Geschlecht die Vogtei seinen Nachkommen verbleiben soll[18]. Vergleicht man damit die Ueberweisung St. Maximins durch denselben Otto I. zum Witthum der Kaiserin mit der Bestimmung, dass es immer regni dos sein und nie ecclesiasticae aut mundanae personae famula werden, sondern nur den künftigen Königinnen gewidmet bleiben solle[19], so haben wir hier schon die klare Erfassung des Gegensatzes. Derselbe ist allerdings jeweilen am schärfsten ausgeprägt in der ersten Regierungszeit eines Hauses und schwächt sich allmählich, je länger das Haus auf dem Throne bleibt, ab, um dann wieder mit neuer Kraft bei Uebergang des Reiches an ein neues Geschlecht aufzuwachen. Unter Heinrich IV., dem die Noth seiner Re-

[13] MR. UB. I Nr 29. [14] MR. UB. I Nr 16. [15] MR. UB. I Nr 52.
[16] Fränk. ehel. Güterrecht S 87 Anm 20.
[17] Cod. dipl. Quedlinburg. (Erath) Nr 3. [18] Das. Nr 5.
[19] MR. UB. I Nr 209.

gierung derartige Erwägungen besonders nahe legte, gelangte dann die Unterscheidung zu völliger Klarheit und findet in praktischer Richtung ihren Ausdruck in jenem Ausspruche des Gerhoh: De regni facultate, quae est res publica, non debet a rege fieri donatio privata; de re autem privata tam a regibus quam a ceteris principibus potest fieri donatio privata. Ebenso gab der Reichsspruch von Regensburg 1125 auf die Frage, ob die Güter Geächteter dicioni regiminis vel proprietati regis zufallen, die Antwort: pocius regiminis subjacere dicioni, quam regis proprietati [20].

In den Rechtsbüchern ist das auch durchgeführt, besonders Schwsp (L.) 124, doch auch schon Ssp I 29 und III 81 § 1, wo unter Reichsgut das königliche Hausgut nicht kann verstanden sein. Aber davon war noch ein weiter Schritt zu der Anerkennung des Fiscus als juristischer Person, als selbständiger vermögensrechtlicher Persönlichkeit. Denn es ist und bleibt doch nach wie vor der König persönlich, der über das Reichsgut verfügt, namentlich die Lehen ertheilt, ohne hierbei an die verfassungsmässige Vertretung des Reiches, den Reichstag gebunden zu sein. Man kann nicht sagen, dass die juristische Persönlichkeit des Fiscus im deutschen Rechte des Mittelalters zur Anerkennung und zum Ausdruck gelangt sei.

Später reproducierten sich alle Schwierigkeiten des Verhältnisses zwischen Haus- und Reichsgut auf dem Boden der neuen Landeshoheit. Das Mittelalter blieb davon noch unberührt, denn die damals einzig in Betracht kommende Unterscheidung von Allod und Lehn der Landesherrn rechnete von vorneherein nur mit Privatgut des Fürsten, worunter beides fiel, einen Fiscus und einen Staat gab es hier noch gar nicht, im Gegentheil herrschte die schroffe Tendenz, alle Regierungsrechte, selbst wenn sie Abzweigungen der öffentlichen Rechte waren, wegen ihres Durchgangs durch die Belehnung zu Privatrechten zu gestalten. Die Ausbildung eines Staatsbegriffes und damit eines Fiscus in den Territorien gehört erst der neueren Zeit an.

---

[20] Vgl. überhaupt Waitz, Deutsche Verfassungsgesch. VI 371, VIII 239 ff.

Viertes Kapitel.

Kirchliche Anstalten und Stiftungen.

§ 64. 1. Die kirchlichen Anstalten.

Kirchliche Anstalten aller Art, Klöster, Pfarrkirchen, Capellen u. s. f., bedurften nothwendig und selbstverständlich einer Vermögensrechtspersönlichkeit, da sie sich in dem mannigfachsten vermögensrechtlichen Verkehre bewegten. Im heidnischen Rom hatten die einzelnen Tempel als juristische Personen gegolten, aber der Volksmund nannte die Gottheit, welcher das Heiligthum geweiht war, als Eigenthümerin des Tempels, der Geräthe, der unfreien Priester. Man vergleiche die hübsche Erzählung bei Cicero, Divin. in Caecil. 17 von der Agonis libertina: illa ut mos in Sicilia est . . . ut praefecto religionem Veneris nomenque objiceret, dixit et se et omnia sua Veneris esse. Das ist noch viel entschiedener ausgeprägt und zum Rechtsprincip gemacht in Deutschland. Der Heilige, dem die kirchliche Anstalt geweiht ist und dessen Reliquien unter dem Hochaltar ruhen, ist der Eigenthümer, welchem geschenkt, welcher beraubt wird u. s. f. Wie sehr diese Auffassung das Recht beherrscht, zeigen die zahllosen Vergabungsurkunden, welche in voller Einstimmigkeit den Heiligen als den Empfänger der Vergabung erscheinen lassen [1].

Indem so die juristische Persönlichkeit der Kirche, als Anstalt oder als Corporation, durch die Person des Heiligen ersetzt ist, hat man sich freilich auch schon von der Realität entfernt, es ist eine Abstraction im Spiele, aber doch keine so absolute, wie wenn man die Anstalt selbst als Rechtspersönlichkeit auffassen würde. Denn den Heiligen denkt man sich doch immerhin als eine physische Person, und zwar als eine solche, die noch fortlebt im Kreise der Seligen und sehr direct auf die Geschicke der Menschen einwirkt, sie belohnend für gute Werke und strafend für böse Thaten [2].

Dieser Auffassung, wonach der Heilige geradezu Eigenthümer des

---

[1] NR. UB. I Nr 148: allatis sacrosanctis reliquiis monasterii; ib. Nr 250: actum Colonie quo allatis pignoribus sanctorum ecclesie traditum est. Viel Material bei Gierke II 527 ff. und schon in diesem Buche § 47 S 208.

[2] In naiver Weise tritt das in Erzählungen Gregors v. Tours hervor, VI 10: die Macht des Heiligen sollte sich durch ein schreckliches Gericht offenbaren und die Frechheit (Einbruch in seine Kirche) strafen. VII 12. 42. IX 30: da seufzte der König, denn er fürchtete die Macht des heil. Martinus.

Kirchengutes ist, steht die Ansicht von Ficker[3] entgegen: jede Kirche habe einen Herrn haben müssen, weil sie zum Grundeigenthum unfähig gewesen sei; letzteres sei der Fall gewesen, weil die Auffassung der kirchlichen Stiftung als einer juristischen Person dem deutschen Rechte fremd gewesen sei. Denn nicht einmal Besitz und Genuss sei der Kirche zugestanden, sondern ihrem Vorsteher. Für das Grundeigenthum habe man physische Personen verlangt und dadurch habe sich die Nothwendigkeit eines Herrn für jede Kirche ergeben. Es ist hier in seltsamer Weise Wahres und Falsches durch einander gemischt, weil zwischen Eigenthümer oder besser Muntherrn der Kirche und Eigenthümer des Kirchengutes nicht unterschieden wird. Jedenfalls leuchtet ein, dass nach dieser Theorie Fickers keine Vergabung an ein Kloster direct, sondern nur an dessen Herrn, bei Reichskirchen also an den König hätte erfolgen können.

Es lässt sich aber nun einmal nicht um den Satz herumkommen, dass das Eigenthum an allem Kirchengute, mochte es von Vergabungen des Königs oder der Privaten herrühren oder sonstwie erworben sein, dem Heiligen zustand. Andererseits ist ebenso richtig, dass die Kirchen und kirchlichen Anstalten weitaus in der Regel einen „Herrn“ hatten, und es fragt sich nun, ob diese Herrschaft wirkliches Eigenthum bedeuten kann oder nicht vielmehr als Munt (Vogtei) aufzufassen ist. Das letztere scheint mir das einzig mögliche zu sein. Es spricht dafür in erster Linie die Art und Weise, wie bei Gründung von kirch-

---

[3] Ficker, Das Eigenthum des Reichs am Reichskirchengute S 25. 27. Auch in den Sitzungsber. der Wiener Akademie, phil.-hist. Cl. LXXII 77. 79. Aehnlich, aber gleich undeutlich, Schröder in Z der Sav.-Stiftung, germanist. Abth. II 82. Keiner Widerlegung bedarf E. Loening, Gesch. des deutschen Kirchenrechts II 633 Anm 1: von der Auffassung, dass dem Heiligen, dem die Kirche geweiht ist, das Eigenthum an dem Kirchengut zustehe, sei das Recht nicht beherrscht worden, das Verhältnis des Heiligen zum Gute sei ein ideales, kein rechtliches gewesen. Zwar sei es nicht blos ein Bild gewesen, denn es habe der Schenker die Gunst des Heiligen gewinnen wollen, aber trotzdem gelte rechtlich nicht die Person des Heiligen, sondern die kirchliche Anstalt als Eigenthümer, wie denn überall da, wo von vermögensrechtlichen Lasten und Verpflichtungen die Rede sei, nicht der Heilige, sondern die ecclesia genannt, auch nirgends der Heilige als Prozesspartei aufgeführt werde. Was diese zwei letzteren Gründe, die einzigen namhaft gemachten, betrifft, so zweifle ich nicht, dass die agentes des Heiligen, von denen es heisst, sie führen seinen Prozess, seine Reliquien auch wirklich vor Gericht brachten und ihn so persönlich vor Gericht stellten, wenigstens geschah das behufs Entgegennahme von Auflassungen: UB. des Hochstifts Halberstadt I Nr 512, C. d. Anhalt. II Nr 220; und dass mit rechtlichen Lasten die Kirche und nicht der Heilige beschwert ist, versteht sich nach der Natur der Reallasten von selbst und ist auch bei physischen Personen so.

lichen Anstalten verfahren wurde. Besonders lehrreich sind darüber die Freisinger Urkunden[4]. Ein reicher Mann hatte auf seinem Grund und Boden eine Kirche oder Capelle erbaut und wünschte sie dem Gottesdienste zu übergeben. Er bat den Bischof, sie zu weihen. Der kam herbei und fragte den Gründer zunächst, wie er die Kirche zu dotieren gesonnen sei. Befriedigte ihn die darüber gegebene Auskunft, d. h. erschien ihm die Pfründe als genügend, so weihte er die Kirche und gab ihr die Reliquien eines Heiligen. Jetzt erfolgte erst auf den Altar und die Reliquien die Dotation, die hereditatio ecclesiae. Man bemerke diese Reihenfolge der Handlungen; die Dotation ist die letzte, denn sie hat den Sinn einer Uebertragung der Kirche und des Pfrundgutes in das Eigenthum des Heiligen; in des letzteren Person muss zuerst das Rechtssubject geschaffen werden, welchem geschenkt werden kann. Mit der Dotation muss aber der Grundherr nothwendig aufhören, selber Eigenthümer der Kirche und des Pfrundgutes zu sein, denn ein doppeltes Eigenthum in der Hand zweier verschiedener Personen ist auch nach deutschem Rechte undenkbar. Wird also fernerhin dem Gründer das Eigenthum am fundus ecclesiae zugesprochen, oder gesagt, dass die Kirche in allodio, in patrimonio des Herrn liege, so kann damit nichts anderes gemeint sein als ein Herrschaftsrecht, welches nicht proprietas, sondern dominium ist[5]; darauf weist schon, dass sehr selten von proprietas fundi, regelmässig von dominium fundi die Rede ist, namentlich aber der Umstand, dass eben der fundus und nicht die ecclesia genannt ist, zumal sehr charakteristisch in dem Ausdrucke, die Kirche gehöre Jemandem ex jure fundi. Diese Bezeichnung weist darauf hin, dass das Verhältnis zwischen Gründer und Kirche als ein grundherrschaftliches aufgefasst wurde; das heisst gemäss der Erörterung des § 57: der Grundherr vertrat nach aussen die Kirche mit ihrem ganzen Gut als Eigenthümer, er konnte sie als ein Ganzes (integritas) veräussern so gut wie ein Grundherr seine villa mit ihrer ganzen Mark veräussern konnte, aber nach innen war er in ganz gleicher Weise gegenüber der Kirche gebunden wie der Grundherr gegenüber seiner Markgemeinde. Das Cap. Karls d. Gr. von 794 c. 54[6] drückt das vollständig aus: de ecclesiis quae ab ingenuis hominibus construuntur, liceat eas vendere, tradere, tantummodo ut ecclesia non destruatur, sed serviuntur cotidie honores. In dieser Weise übertrug im J. 843 ein gewisser Adalhart die auf seinem Boden erbaute Kirche zu Burc an das Kloster St. Gallen, nachdem er ihr vorher all sein

[4] Vgl. z. B. Hist. Frising. Nr 103. 179. 304. 314. 330. 374.

[5] Vgl. über den Unterschied oben § 7 und 57. [6] Boretius I 78.

Gut geschenkt hatte, und behielt sich den Rückkauf vor[7]. Nicht seine Besitzungen hatte er damit dem Kloster St. Gallen tradiert, so dass dieses sich als Eigenthümer derselben hätte gerieren und frei davon das eine und das andere Stück hätte veräussern oder zu eigenem Bedarf verwenden können, sondern die Kirche als Ganzes mit ihrem unantastbaren Rechte auf das ihr geschenkte Eigen hatte er dergestalt an das Kloster übertragen. Wurden, was in der Regel der Fall war, von der Kirche Grundsteuern, Zinse u. dgl. an den Grundherrn gezahlt, so konnte dem letzteren kraft dieser Nutzung auch eine Gewere an der Kirche im ganzen zugeschrieben werden. So beanspruchte der Sohn des Stifters von Lorsch das Kloster für sich, behauptend quod suus pater eum de ipso monasterio vestitum dimisisset[8]. Die Grenzlinie zwischen dem Rechte des Grundherrn und demjenigen des Heiligen wird durchweg mit sicherem Bewusstsein innegehalten[9], jener mag über sein Herrschaftsrecht verfügen, aber in die Verwaltung oder gar in die Disposition über das Kirchengut einzugreifen würde als eine Beraubung der Kirche angesehen werden.

Die einfachste Auffassung des Verhältnisses wäre die einer Munt, mundiburdium, Vogtei des Gründers über die Kirche gewesen, denn thatsächlich lag nichts anderes vor. Was anfangs noch ein Hindernis für rückhaltlose Durchführung dieser Auffassung bildete, war wohl der Umstand, dass, so lange der Gründer selbst die Kirche unter seiner Herrschaft behielt, man sich nicht Rechenschaft darüber gab, dass im Grunde sein Eigenthumsrecht sich in eine Munt verwandelt habe. Aber sobald der Gründer selbst die Kirche einem andern geistlichen oder weltlichen Herrn unterstellte und somit die alten Eigenthumsbande gelöst wurden, machte sich auch die Erkenntnis geltend, dass es sich doch nur noch um Vogtei, nicht mehr um Eigenthum handle. So wird dann gewöhnlich vom Fundator die Kirche in mundiburdium des neuen Herrn übertragen, wie z. B. das Kloster Milz, das die

---

[7] UB. St. Gallen Nr 386.

[8] Cod. Lauresh. I Nr 3. Vgl. MR. UB. I Nr 27: germani contradixerunt, ut eorum fuisset investitura (monasterii). Hist. Frising. Nr 173: res m e a s quae ad ecclesiam pertinent.

[9] Eine, praktisch unverfängliche, Ungenauigkeit ist z. B. MR. UB. I Nr 374 vorgekommen: Graf Bertold hat seine Güter an den heil. Christoph in der Kirche zu Ravengirsburg (auf seinem eigenen Grund und Boden) übertragen und wünscht nun, dass ein Kloster damit gegründet und dotiert werde. Der Erzbischof von Mainz soll das ausführen. Correct wäre nun gewesen, dem Erzstift die Kirche des heil. Christoph zu tradieren; es werden aber die bona predicta übergeben et investitura prediorum ad sedem nostram triduana sessione confirmata.

Aebtissin Emhild auf ihrem Grund und Boden erbaut und dotiert hatte, von ihr an Fulda übergeben wurde, ut post obitum nostrum monasterium istud seu congregatio loci istius sub vestro dominio vestroque auxilio et defensione seu mundeburde omni tempore secura consistat[10]. Später wird daher auch bei neuen Klostergründungen das Verhältnis zwischen Gründer und Kloster gleich von vorneherein auf blosse Vogtei gestellt, wie z. B. bei Stiftung der Abtei Laach 1093 oder des Klosters Schiffenburg 1141[11].

Schon sehr viel früher hat sich diese Auffassung der Herrschaft über die Kirchen als reinen Vogteiverhältnisses bei den Reichskirchen festgestellt. Es kommt auch hier anfangs noch die Auffassung des königlichen Eigenthums zum Ausdrucke, aber ersichtlichermaassen in nicht ganz correcter Weise, das Kloster Metlach z. B. nennt eine Urkunde Karls d. Gr. res proprietatis nostre, aber es gehörte dem Erzstifte Trier und stand also nur unter königlicher Vogtei wie das Erzstift überhaupt, und dieselbe Urkunde spricht aus, ut vestitura partibus nostris atque S. Petri adesse debuisset[12]. Der richtige Gesichtspunkt tritt sofort deutlich hervor, wenn ein Kloster von dem bisherigen Grundherrn an das Reich übergeben wird, ne desolatio propter intentionem iniquorum hominum monachis fieret, wie z. B. das Kloster Lorsch in manu nostra (regis) tradiert und in mundeburden vel defensionem nostram commendiert wurde[13]. Der rechtlich maassgebende Vorgang war nicht der dingliche von traditio und investitura des Grundes und Bodens, sondern der persönliche der commendatio in manus (potestatem); in diesem Sinne erklärt einmal König Ludwig: eandem potestatem et dominationem super hoc monasterium (St. Gallen) habere volumus, quam super cetera monasteria nostra habemus[14], und Otto I. bestimmt das Kloster St. Maximin als regni dos der Kaiserinnen, precipientes, ut idem locus a regni dote numquam avellatur, sed sub nostro successorumque nostrorum mundiburdio et defensione libera semper et immunis permaneat et abbas suique successores conjugi nostre . . . in curia regia serviant et servitium quod dictante justitia daturi sunt sibi exhibeant et inter curiales et domesticos regis et regine habeantur[15]. Das servitium, von dem hier gesprochen wird, ist die Vogteiabgabe für die Munt, welche das Eigenthum des Heiligen am Kirchengut unberührt lässt. Deutlich erzeigt das der Vorgang mit dem Kloster Elten: Graf Wichmann hatte

---

[10] C. d. Fuld. Nr 157.
[11] MR. UB. I Nr 388. 523.
[12] MR. UB. I Nr 27.
[13] Cod. Lauresh. Nr 4.
[14] UB. St. Gallen Nr 435.
[15] MR. UB. I Nr 209.

dasselbe dotiert und an den König übergeben; nach seinem Tode bestritten seine Tochter und deren Ehemann die Rechtsbeständigkeit dieser Akte, weil sie ihren Consens nicht ertheilt hatten, liessen sich aber zu einem Vergleiche herbei, in Folge dessen sie das Kloster selbst in mundiburdium regis übergaben und alle Güter an die reliquiae S. Viti aufliessen[16].

Nun macht auch der Umstand keine Schwierigkeit mehr, dass der König selber den Reichskirchen so oft Land in proprium, in proprietatem tradiert, was Ficker von seinem Standpunkte aus doch nur sehr unbefriedigend erklären kann[17]. Darum sind auch Verfügungen des Königs über das Reichskirchengut Spoliationen, Eingriffe in fremdes Recht, von Pippins grosser Säcularisation an bis zu Heinrichs II. Raub der 6656 Hufen von St. Maximin, welchen er selber zwar euphemistisch als in beneficium accipere ab abbate bezeichnet, sein Nachfolger Konrad aber mit dem wahren Namen abstulit nennt[18]. Darum ferner sind immer Reichsdomänen und Reichskirchengut deutlich unterschieden, und konnte sich St. Gallen beschweren, dass ihm ein Gut injuste spoliatum und zum Fiscalgute in Zürich geschlagen worden sei[19], oder Prüm Klage erheben, quod de waldo suo servi nostri ex fisco nostro partem contra justitiam occupassent[20]. Darum endlich führen Reichskirchen über streitige Güter unter sich regelrechte Prozesse vor dem ordentlichen Gerichte. Alles das wäre nicht denkbar, wenn dem König das Eigenthum am Kirchengute zustünde, denn dann würde zwischen diesem und dem Fiscus kein Unterschied existieren, und statt gerichtlicher Entscheidung zwischen zwei Klöstern würde ein Machtwort des Königs auf administrativem Wege den Zwist erledigen. Dagegen entspricht es vollkommen der Munt des Königs, dass er bei Verkauf oder Tausch von Kirchengut seine Zustimmung giebt, oder dass, wenn eine Reichskirche die Vogtei über eine andere anspricht, welche reichsfrei, also direct vom König abhängig zu sein behauptet[21], das Fürstencollegium entscheidet, ohne dass ersichtlich ist, ob ein förmlicher Prozess stattgefunden oder der König als oberster Herr mit dem Reichstage die Sache festgestellt hat[22].

Es tritt nun aber doch eine Complication ein, welche bei der

---

[16] NR. UB. I Nr 127. [17] Ficker a. O. S 63 f. 70 f.
[18] MR. UB. I Nr 300. 301.
[19] UB. St. Gallen Nr 263. Vgl. auch Nr 233.
[20] MR. UB. I Nr 51.
[21] Trier gegen St. Maximin, MR. UB. I Nr 196. Bisthum Basel gegen St. Blasien, Trouillat I Nr 166.
[22] Franklin, Das Reichshofgericht I 46 ff., II 42 f.

Munt über physische Personen, zumal deren Hauptanwendungsfällen im Familienrechte, nicht vorkommt. In diesen letzteren Fällen hat der Muntangehörige (die Ehefrau, das Hauskind, der Mündel), obschon er Eigenthümer seines Gutes bleibt, doch die Verwaltung und Nutzung desselben nicht, sondern sein Gut ist in die Gewere des Muntherrn zu rechter Vormundschaft gekommen. Frei verfügen darf freilich der Muntinhaber über das liegende Gut seiner Mündel nicht, die Ehefrau muss mitwirken und Kinder behalten das Revocationsrecht bis nach erlangter Selbständigkeit, und die Gewere giebt ihm die Nutzung auch nur unter der Pflicht des anständigen Unterhaltes der Mündel. Gemäss diesem reinen Muntbegriffe wäre auch der König und bei Privatkirchen der Gründer berechtigt gewesen, alles Kirchengut in seine Verwaltung und Nutzung zu ziehen, unter der Verpflichtung allerdings, seinen Mündel, die Kirche daraus zu erhalten und ihr alles zur Erfüllung ihrer Aufgaben Nothwendige zukommen zu lassen. Das ist nun alles nicht der Fall. Die Gewere wird dem Heiligen zugeschrieben[23], also auch die Nutzung, in welcher sich die Gewere ja manifestiert, aber der reale Bezug der Nutzung erfolgt durch die Geistlichen der betreffenden Kirche[24], und nicht nur die Nutzung, sondern auch die Verfügung über das Kirchengut, zumal durch den Vorsteher der Stifter und der Klöster. Wie haben wir uns das zu erklären?

Wenn wir es nicht umgehen können, dem König, bezw. dem Grundherrn, kraft seiner Munt das Recht auf die Nutzung zuzusprechen, so kann die Gewere des Heiligen oder des Kirchenvorstehers nur auf einer Verleihung seitens des Muntherrn beruhen. So ist es in der That: der König oder der Grundherr investiert, freilich nicht den Heiligen direct, die Reliquien — das wäre fast eine Komödie, denn mag man ihn selbst sich auch als Eigenthümer denken, so kann man sich doch nicht einbilden, dass er selbst verwalte und nutze —, sondern den Kirchenvorsteher zu Handen des Heiligen, d. h. behufs Nutzung im Sinne der Anstalt und zum besten des Gottesdienstes und der Verehrung des Heiligen. So mag man immerhin zur Noth von Gewere des Heiligen reden, aber der Kirchenvorsteher hat die Investitur empfangen und bestimmt über Verwaltung und Nutzung des Kirchenguts und, weil er von Seiten des wirklichen Eigenthümers nie eine Revocation zu gewärtigen hat, auch über Ver-

---

[23] Von vestitura S. Bonifatii, S. Galli ist oft die Rede, z. B. UB. St. Gallen Nr 437: redimendi licentiam non habeam, sed in vestitura S. Galli permaneat. Doch auch vestitura domus Dei, monasterii, das. Nr 386. 433. 720.

[24] Daher etwa: in usum S. Galli et fratrum inibi servientium.

äusserung desselben[25]. Demgemäss ist der Sinn der Investitur nicht, wie Ficker[26] annimmt, der, dass der Eigenthümer (der König, der Grundherr) kraft seines Eigenthums eine Gewere an der Kirche und ihrem Gute überträgt, die Befugnis zur Investitur also Ausfluss des Eigenthums an der Sache ist. Vielmehr entspringt das Recht zur Investitur einzig der Munt des Muntherrn, der König übergiebt durch die Investitur dem Kirchenvorsteher die Verwaltung und Nutzung, die er kraft seiner Munt selber zu üben befugt wäre. Eben weil er nicht Eigenthümer des Kirchengutes ist, erscheint auch als Gegenstand der Investitur nicht die Kirche und das Kirchengut selbst, sondern die temporalia oder regalia, d. h. die weltliche Herrschaft über die Kirche. Es sind geradezu die aus der Munt oder Vogtei fliessenden Rechte, mit denen der Kirchenvorsteher investiert wird, und wofür er an den König, der auch in der Munt Oberherr bleibt, die bedeutenden servitia regalia zu entrichten übernimmt.

Ich glaube, dass der im 11. und 12. Jahrhundert zwischen Kaiser und Papst geführte Investiturstreit lange nicht die Schärfe hätte bekommen können, die seine Beilegung so schwierig machte, wenn es sich nur um Investitur mit dem Kirchengute seitens des Eigenthümers an den Kirchenvorsteher gehandelt hätte. Dafür wäre der Weg einfacher Belehnung (beneficium) gewiesen gewesen und der Papst hätte die Gründe der Simonie, der Unstatthaftigkeit der Laieninvestitur mit geistlichem Amte[27] u. s. f. nicht zur Verfügung gehabt. Die Schwierigkeit lag eben darin, dass mit einer weltlichen Herrschaft, Vogtei, investiert wurde, welche in der Praxis gar zu leicht mit dem geistlichen Amte verwechselt wurde. Geistliches und weltliches Amt, geistliche und weltliche Regierungsrechte, spiritualia und temporalia (regalia) waren schwerer aus einander zu halten als die zwei heterogenen Dinge Amt und Gut. Später ist der Gegensatz von spiritualia und

---

[25] Auch der Vater kann ja Liegenschaften seiner Kinder verkaufen oder belasten, Niemand hindert ihn daran, nur können die Kinder den Verkauf später rückgängig machen. Bei Kirchen fällt auch diese Schranke weg.

[26] A. a. O. S 27 ff. 55.

[27] Bei der Investitur der Pfarrer durch die Grundherrn war geistliches Amt und weltliche Nutzung noch weniger getrennt, denn der Grundherr wählte geradezu die Pfarrer und übertrug ihnen nicht nur die Nutzung der Pfründe, sondern auch das geistliche Amt. Investitura bedeutete Amtsübertragung, worin die Erwerbung der Pfründe inbegriffen war. Im Investiturstreite wurde eben das Princip der Laieninvestitur bestritten und (ausser bei geistlichen Fürsten) aufgegeben, so dass sich das Recht des Grundherrn fortan auf ein Präsentationsrecht beschränkte, als welches sich das Patronatsrecht erhalten hat. Vgl. Richter-Dove, Kirchenrecht § 188.

temporalia eben dadurch wesentlich klarer gestellt und damit die Schwierigkeit der Sachlage entfernt worden, dass das Verhältnis unter die rein lehnrechtlichen Grundsätze gestellt und in Folge der Verbindung des Reichsfürstenamtes der geistlichen Würdenträger mit dem Territorium die Landeshoheit verliehen wurde.

Aus der hier entwickelten Auffassung folgt nun auch, dass der Kirchenvorsteher nicht als gesetzlich anerkannter Vertreter des Heiligen, einzig und allein schon kraft solchen a priori bestehenden Vertretungsrechtes, über das Kirchengut verfügt [28], sondern vielmehr einzig und allein kraft der vom Muntherrn ihm durch die Investitur übertragenen Gewalt. Der Beweis liegt in dem sog. Regalienrechte des Königs, wonach bei Tod des Investierten die Nutzung des Kirchengutes an den König zurückfiel und ihm bis zur Investitur des Nachfolgers verblieb. Bei Annahme eines Verwaltungs- und Nutzungsrechtes kraft gesetzlicher Vertretung des Heiligen durch den Kirchenvorsteher hätte dasselbe in der Hand des interimistischen Kirchenvorstandes fortbestehen müssen. Vermöge der durch die Investitur erlangten Befugnis zur Ausübung der aus der Munt fliessenden Rechte hatte der Kirchenvorsteher immerhin nicht freie Hand, das Gut der ihm unterstellten Kirche nach Belieben nutzbar zu machen, Pfründen zu schaffen und einzuziehen, Pfrundgüter in Lehen zu verwandeln und an seine Vasallen zu geben, oder gar das Kirchengut zu veräussern und zu verschleudern. Zwar von Seiten des Eigenthümers, des Heiligen, hatte er, wie oben bemerkt, keinen Einspruch vor weltlichem Gerichte zu gewärtigen, aber eine Schranke war ihm gezogen durch die Controle des Oberherrn, welche durch den Kirchenvogt sollte ausgeübt werden. Hier sollten nicht blos die geschädigten Pfrundinhaber, die benachtheiligten Klosterbrüder u. s. f. Schutz finden, sondern auch die Einwilligung zu Veräusserungen und Belastungen von Kirchengut nachgesucht werden. Eine weitere Schranke lag für den Kirchenvorsteher in den vielen, seiner Zeit den Schenkungen beigefügten Bedingungen, z. B. der, dass das Gut nur zum Unterhalt der Klosterbrüder verwendet, nicht zu Lehn gegeben werden dürfe u. dgl., widrigenfalls seine, des Schenkers, Nachkommen das Gut wieder an sich ziehen dürften. Auf die Länge geriethen freilich solche Clauseln in Vergessenheit, und die Controle des Königs erwies sich als illusorisch, seitdem die Reichsgewalt unheilbarer Schwäche verfallen war und die Vögte selber, ihr eigenes Interesse verfolgend, die gefährlichsten Nebenbuhler der Kirche geworden waren.

---

[28] Das ist die Ansicht von Gierke II 532.

Während so die dem Kirchenvorsteher durch das weltliche Recht und die Interessen des weltlichen Oberherrn gesetzten Schranken gegen Willkür mehr und mehr ins Wanken kamen und ganz dahinfielen, erwuchs dem Investierten vom kirchlichen Boden aus eine Controle, welche auch wesentlich dazu beitrug, die Entwicklung des Begriffs der juristischen Persönlichkeit der kirchlichen Anstalt als solcher zu befördern und dieselbe schliesslich als Eigenthümer des Kirchengutes an die Stelle des Heiligen zu setzen. Es ersteht dem Bischof in den Domcapiteln, dem Abt in den Klosterconventen, dem Probste in den Chorherrncapiteln eine rathgebende und genehmigend oder ablehnend bei der Kirchengutsverwaltung und bei Veräusserungen u. s. w. mitwirkende Behörde. Das ist eine interne Angelegenheit, welche das äussere Verhältnis zu dem Muntherrn nicht berührt, aber sie wurde für unsere Frage dadurch wichtig, dass sie das Wesen der Anstalt als juristischer Person zur Erkenntnis bringen half. Zwar nicht das hier auftretende genossenschaftliche Element an sich wurde das entscheidende, so dass die kirchliche Anstalt in der Qualität als Genossenschaft juristische Persönlichkeit erlangt hätte, aber es wirkte mit zur Abklärung der Auffassung, dass das kirchliche Institut aus sich selbst den Zweck, für den es errichtet war, zu erfüllen habe. Mit der alten naiven Denkweise, welche den Heiligen hatte beschenken lassen, damit er den Geber durch seine Hilfe in Nothfällen schon hier auf Erden und durch seine Fürbitte im Jenseits belohne, tritt eine neue, juristisch betrachtet, rationalistische Auffassung in Conflict, welche dieses Motiv der Gewinnung des Heiligen zwar auf religiösem Gebiete unangetastet lässt, aber vom Rechtsboden ausstösst, und das Kirchengut dem Zwecke der Ausbreitung und der Erhaltung des Gottesdienstes auf Erden gewidmet ansieht. Dieser Zweck ist durch den Willen des Gründers der kirchlichen Anstalt wie durch die zahlreichen Wohlthäter derselben ein für allemal gesetzt und unabänderlich, und die jeweiligen Mitglieder der Capitel und Klosterconvente haben darüber keine Macht, sie erscheinen nur als die Verwalter und Executoren dieses Gründungswillens, und darum ist auch das in den Domcapiteln, den Klöstern u. s. f. vorhandene corporative Element für den Charakter der kirchlichen Anstalt als Rechtssubject nicht maassgebend geworden, sondern das fundatorische Moment hat ihr den Charakter einer Stiftung verliehen.

Diese Auffassung findet im kanonischen Rechte ihren Anhalt und ihre Ausbildung, von dieser Seite her bricht das Wesen der kirchlichen Anstalt als einer juristischen Person, und zwar einer Stiftung, durch, so dass die Vorsteher und die Capitel oder Convente in der

That nur als die Verwalter des Stiftungsgutes, provisores et procuratores erscheinen. Daher ecclesia S. Gereonis per suos curatores emit allodium[29] u. dgl. Wendungen jetzt häufig auftreten. Dass aber in den Urkunden noch längere Zeit hindurch Schwankungen gefunden werden, wird nicht wundern dürfen[30]; wollte man blos auf Grund der Ausdrucksweise der Urkunden im 12. u. 13. Jahrhundert eine Theorie aufstellen, so könnte man jede beliebige darin finden, je nachdem man die eine oder die andere Formel zu Grunde legen würde. Diese Mannigfaltigkeit der Urkundensprache beweist eben nur, dass die juristische Fassung noch mit einer Schwerfälligkeit zu kämpfen hatte, wenn man auch des rechtlichen Verhältnisses sich vollständig bewusst war.

§ 65. 2. Die Stiftungen.

Hierüber bedarf es nun nur weniger Worte. Wohlthätige Anstalten aller Art, Hospitäler, Armenhäuser, Leprosorien u. s. f., standen ganz unter gleicher Auffassung wie die kirchlichen Anstalten. Denn wie diese waren sie Werke christlicher Liebe und der Kirche als der einzigen Trägerin aller Humanität unterstellt, daher nur in den Formen begründbar, die für Errichtung kirchlicher Anstalten galten. Waren es doch im Grunde nichts anderes als kirchliche Institute. Daher werden Hospitäler u. dgl. so gut als Kirchen und Capellen sofort bei ihrer Stiftung einem Heiligen geweiht, erhalten eine Capelle mit dem Altar dieses Heiligen, und die Leitung des Hauses wird geistlichen Händen anvertraut. So ist der Heilige auch hier der Eigenthümer des Anstaltsgutes, ihm wird geschenkt und er wird bedacht[1]. Und ebenso hat der Gründer oder die Kirche, der er die Stiftung untergeben hat, die Munt und damit das Recht der Besetzung

---

[29] Quellen von Köln I Nr 74.

[30] Z. B. UB. Strassburg I Nr 195: Abt und Brüder der Kirche zu Marbach kaufen pro se ipsis et toto conventu et ecclesia sua Marbacensi, und der Verkäufer resigniert das Gut in fratres antedictos et conventum et ecclesiam Marb., ut ipsi de cetero sint veri eiusdem predii et proprietatis domini et possessores in perpetuum. Hoyer UB. I Nr 28: cum nos (Aebtissin von Quedlinburg) sive ecclesia nostra possideremus bona in villa H. UB. der Stadt Halberstadt I Nr 144: das Kloster St. Johannis verkauft einen Keller, der Probst renuntiavit vice omnium nostrum (des Convents) omni proprietati et juri quod in cellario habuimus. S. überhaupt Gierke II 550 ff.

[1] Ein Beispiel aus tausenden: MR. UB. I Nr 419. Erzbischof Bruno von Trier stiftet ein Hospital in Koblenz 1110: Domum ad altare S. Nicolai in ecclesia S. Marie sanctique Florini tradidi et traditam sancte hospitalitati deputavi.

der Pfründe, d. h. der Ernennung des Vorstehers. Wie dann im 13. Jahrhundert solche piae causae mehr und mehr als Anstalten, Stiftungen zur juristischen Person werden, ist nicht besonders darzulegen, da derselbe Entwicklungsgang wie bei den kirchlichen Anstalten stattfindet. Nur eine, rechtlich weiter einflusslose, aber für die Schwerfälligkeit, womit man sich dem präcisen Ausdrucke des Begriffs der juristischen Person näherte, bezeichnende Modification sei bemerkt. Werden auch regelmässig die provisores et procuratores domus hospitalis als im Namen des Spitals handelnd aufgeführt[2], so kommt es doch nicht selten vor, dass die infirmi, leprosi, infecti, pauperes selbst als Eigenthümer genannt und die provisores als nomine leprosorum handelnd angegeben sind[3]. Es ist bekannt, dass die Insassen eines solchen Spitals oder Armenhauses eine Art Bruderschaft zu geistlichen Zwecken unter dem Directorium des Priesters oder des Caplans, der die geistliche Bedienung des Hauses hatte, bildeten; aber aus jenen Ausdrücken und dieser geistlichen Organisation zu folgern, dass die Gesammtheit dieser Personen als Eigenthümerin des Stiftungsvermögens sei angesehen worden[4], ist denn doch sicher zu weit gegangen. Die rechtlichen Consequenzen einer solchen Auffassung sind nie gezogen worden, daher diese Ausdrücke einen juristischen Werth überhaupt nicht haben und nur den Beweis liefern, wie schwer die Ausdrucksweise des praktischen Lebens mit der juristischen Persönlichkeit der Stiftung ins reine gekommen ist.

Viele Stiftungen bestanden innerhalb einer Kirche. Es stiftete Jemand einen Altar in einer Capelle der Kirche, in welcher er sein Begräbnis erwählte, und dotierte denselben mit einer Pfründe. Hierher gehören dann besonders die zahllosen Jahrzeitstiftungen, d. h. die Widmung eines Capitals, dessen Zinsen zur Abhaltung einer Seelenmesse für den Stifter an seinem Todestage zu verwenden waren. Ferner Stiftungen von Spenden für die Armen, am Todestage des Stifters auszutheilen. Diese Stiftungsgüter gehören zum allgemeinen Vermögen der betreffenden Kirche, stehen also unter der gemeinen Verwaltung des Kirchengutes, ohne dass sie deshalb ihren Charakter als Grundlage der besonderen Stiftung verlieren. Innerhalb des Gesammtguts der Kirche bewahren diese Güter und Capitalien doch ihren Stiftungscharakter und können ihrem Stiftungszwecke nicht entzogen werden. Eine selbständig für sich bestehende juristische Person

---

[2] Z. B. UB. der Stadt Halberstadt I Nr 156. 160. 204.

[3] Z. B. Basel im 14. Jahrhundert S 72 Anm 7.

[4] So Gierke II 964.

bildet freilich eine derartige Stiftung nicht, der dafür gewidmete Fonds steht im Eigenthum des Heiligen der Kirche und nach späterer Auffassung der Kirche selbst, aber er ist unter eine besondere Zweckbestimmung gestellt. Aehnliches wiederholt sich später bei Zuwendung von Capitalien an städtische Behörden zu besonders namhaft gemachtem Zwecke. Es ist jeweilen aus den Verumständungen des einzelnen Falles zu entnehmen, ob solche Stiftungen eigene juristische Persönlichkeit erlangt haben, oder ob es sich nur um einen für besonderen Zweck bestimmten Bestandtheil des Vermögens der Kirche, der Stadt u. s. w. handelt.

Drittes Buch.

Die Rechtsobjecte.

---

§ 66. Einleitung.

Bisher haben wir uns mit den Rechtssubjecten beschäftigt; wir haben untersucht, wen das deutsche Recht als Träger von Vermögensrechten, als Rechtspersönlichkeit anerkennt, und von welchen persönlichen Voraussetzungen es die Ausübung der Rechte abhängig macht. Jetzt fragen wir nach den Gegenständen, an welchen sich die rechtliche Bethätigung der Rechtssubjecte, die Ausübung der Rechte vollzieht, und im Anschlusse daran nach der durch die verschiedene Natur des Gegenstandes bedingten Verschiedenheit der Rechte selbst.

Von verschiedenen Gesichtspunkten aus kann das, was ich hier zu behandeln gedenke, die Lehre vom Rechtsobjecte, untersucht werden. Man kann von dem Begriffe des Vermögens ausgehen und die Bestandtheile desselben, ea quae in patrimonio sunt, nach ihrer verschiedenen juristischen Natur aus einander halten. Auf streng juristischem Boden würde sich da nun folgendes Argument ergeben: Vermögensobject ist, was für den Menschen ökonomischen Werth hat; im Rechtssinne also, was einen rechtlich mess- und bestimmbaren ökonomischen Werth hat, somit die Vermögensrechte selbst: Eigenthumsrecht, jura in re aliena, Rechte auf fremde Handlungen; diese bilden in ihrer Gesammtheit das Vermögen im Rechtssinne. das patrimonium. Bekanntlich stellt man aber nach uraltem, schon den Römern geläufigen Sprachgebrauche nicht Eigenthum und andere Rechte als Vermögensbestandtheile neben einander, sondern Sachen und Rechte, ohne dem Umstande Gewicht beizulegen, dass das im Grunde disparate Glieder sind. Und mag man auch Wächter[1] immerhin zugeben, dass eine ungekünstelte, natürliche Denkweise von selbst Sachen als Eigenthumsobjecte gedacht und Rechte, niemals Eigenthum und Rechte als Bestandtheile des Vermögens unterscheiden werde, so liegt doch unbestreitbar eine gewisse Gefahr darin und jedenfalls kein Nutzen, auch nicht einmal ein doctrineller.

---

[1] Würtemberg. Privatrecht II 208 f., bes. Anm 13.

Eine Gefahr insofern, als schon bei den Römern und seither immer wieder sofort der Schritt daran angeschlossen wird, die Vermögensbestandtheile überhaupt als Sachen, res, und demgemäss die Eigenthumsobjecte als res corporales, die Rechte als res incorporales zu bezeichnen. Bei den Römern ist allerdings diese Ungenauigkeit ohne Folgen geblieben, reine Rubrik, oder wie man etwa (lobend oder tadelnd?) sagt: „philosophische Abstraction". Die neuere Gesetzgebung und Doctrin hat sich aber vielfach dadurch zu Sätzen und Constructionen verleiten lassen, die nicht haltbar sind und am wenigsten im altdeutschen Rechte die Stütze finden, welche man für sie oft dort gesucht hat.

Nutz- und zwecklos und durchaus unpraktisch für das Rechtssystem ist aber die Unterscheidung in Sachen und Rechte darum, weil sie zu einer unnatürlichen und vom Rechtssystem selbst nicht befolgten Gruppierung der Rechte führt. Man erhält dadurch Eigenthum auf der einen, jura in re (aliena) und Obligationenrechte auf der anderen Seite. Dem entspricht aber diejenige Eintheilung der Rechte nicht, welche geradezu die Grundlage alles Vermögensrechtssystemes bildet: die in dingliche und persönliche Rechte. Jede Eintheilung der Vermögensobjecte, welche sich dieser Unterscheidung der Rechte nicht unterwirft, ist von vornherein werthlos, weil sie dazu verurtheilt ist, reine Rubrik zu bleiben, in keinerlei Weise fruchtbar gemacht werden zu können.

Aus diesen Gründen stellen wir, trotz Gaius, die Frage nicht so: was ist Vermögensbestandtheil? quae sunt in patrimonio? sondern: was ist Rechtsobject? d. h. was sind die Gegenstände der rechtlichen Herrschaft, welche die Rechtssubjecte üben? Und da erhalten wir die zwei Classen von Sachen und fremden Handlungen (bezw. Unterlassungen). Unter Sache, res, fällt alles, was einen dauernden Herrschaftsbestand ermöglicht, der sich durch fortwährende Einwirkung und Thätigkeit des Berechtigten äussert oder zu äussern vermag. Im deutschen Rechte sind das nicht blos die sicht- und greifbaren Dinge der Natur und der Kunst, die res corporales der Römer, sondern auch die Rechtsamen, welche das Recht des Inhabers in einem activen Einwirken desselben auf die Aussenwelt zur Erscheinung bringen. Der zweiten Classe gehören einzelne Handlungen an, welche eine Person dem Berechtigten zu leisten hat. Hier äussert sich die Herrschaft nicht in activer Bethätigung des Berechtigten, durch Gebrauch, Nutzung u. s. f. des beherrschten Gegenstandes, sondern in der einfachen Befugnis, von einem Andern zu verlangen, dass er etwas vornehme oder unterlasse. Die erste Classe, die Sachen, sind die Objecte der sog. ding-

lichen Rechte, des Eigenthums und der jura in re aliena, die zweite Classe, die fremden Handlungen, sind die Objecte der persönlichen Rechte.

So gelangen wir zu einer logisch richtigen Anordnung des Stoffes. Die Rechtsobjecte, die wir zum Ausgangspunkte nehmen, sind nicht die Vermögensobjecte; es ist einleuchtend, dass eine fremde Handlung, die ich zu verlangen berechtigt bin, an sich selbst kein Werthobject in meinem Vermögen bildet; einzig und allein das Recht darauf ist das Vermögensobject. Und ebenso sind juristisch genau genommen nicht die Sachen, sondern die daran geübten Rechte Vermögensobjecte. Rechtsobjecte sind die Gegenstände der Vermögensrechte, und die Vermögensrechte sind die Bestandtheile des Vermögens im Rechtssinne. Die Vermögensrechte sind entweder dingliche oder persönliche Rechte, und die Rechtsobjecte scheiden sich in zwei Classen, je nachdem sie dinglicher Beherrschung fähig sind oder persönlichem Anspruche unterliegen. Die Geltung dieses Systems im deutschen Rechte ist nun nachzuweisen.

Erstes Kapitel.

Die Sachen.

§ 67. I. Bewegliche und unbewegliche Sachen.

Das Wort Sache, in seiner einzig hier in Betracht kommenden Bedeutung von res[1], umfasst in dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens nicht ganz dasselbe, was das Recht unter diesem Begriffe unterbringt. Dem natürlichen Verstande heisst Sache alles auf der Erde ausser dem Menschen in sicht- und greifbarer Gestalt Vorhandene, daher er nur körperliche Sachen kennt, oder vielmehr dieser Ausdruck selbst schon ihm Tautologie ist. Als Rechtsbegriff umfasst das Wort alles, was Gegenstand des Eigenthums und der dinglichen Rechte sein kann: dann wird auch der Sklave Sache und kann selbst etwas Unkörperliches, wie wir sehen werden, Sache im Rechtssinne werden, während umgekehrt die res extra commercium, so lange sie dieser ihrer Bestimmung gewidmet und also der dinglichen Rechte

[1] Also nicht im Sinne von causa, negotium u. dgl.

unfähig sind, streng genommen nicht Sachen im Rechtssinne können genannt werden. Vorläufig bleiben wir bei den körperlichen Sachen stehen: sie sind entweder bewegliche oder unbewegliche. Das ist eine rein natürliche Unterscheidung, die das Recht völlig ignorieren kann, und die auch das römische Recht in besonders hohem Grade, beinahe vollständig, ignoriert hat. Das deutsche Recht im Gegentheil hat diesen Unterschied zu einem juristischen von allergrösster Bedeutung erhoben. Immobilien und Mobilien erfahren eine durchweg verschiedene rechtliche Behandlung. Indem wir den Grund dafür aufsuchen, gelangen wir zu der Wahrnehmung, dass bewegliche und unbewegliche Sachen im Rechtssinne sich nicht ganz genau decken mit beweglichen und unbeweglichen Sachen im natürlichen Sinne, d. h. dass das Recht für die Immobiliar- oder Mobiliarnatur der Sachen ein Kriterium aufstellt, welches zwar mit dem vom natürlichen Verstande angenommenen den gleichen Ausgangspunkt theilt, aber durch scharfe Betonung eben dieses specifisch juristischen Elementes einen neuen Gesichtspunkt zu maassgebender Geltung gebracht hat. Damit verhält es sich so:

Das natürliche Unterscheidungsmerkmal liegt schon in den Ausdrücken unbewegliche und bewegliche Sachen klar ausgesprochen, und wenn das Recht diese Bezeichnungen vom gemeinen Sprachgebrauche einmal annimmt, so hat es zunächst keinen Anlass, sich mit dem einzig möglichen Sinne der Worte in Widerspruch zu setzen und etwas anderes darunter zu verstehen als eben Sachen, die Grund und Boden oder mit solchem fest verbunden sind, und Sachen, die ihren Standort beliebig wechseln können. Darum lassen es die Quellen auch bei diesem natürlichen Kriterium bewenden, indem sie, oft in concret pleonastischer Ausdrucksweise, von liegendem Gute und von fahrendem, das man treiben und tragen, flössen und führen mag, sprechen[2]. Diese bewegliche oder unbewegliche Natur der Sachen hatte nun aber im Rechte die Wirkung, dass die über Liegenschaften und über Fahrnis geübte Herrschaft, Gewere, einen verschiedenen Charakter annahm, welcher schon in der Rechtssprache zu bewusstem Ausdrucke gelangte.

Wenn wir nämlich auf den mittelalterlichen Sprachgebrauch in dieser Beziehung achten, so finden wir zwar sowohl von liegendem

---

[2] Kraut, Grundriss 5. Aufl. § 63 Nr 1—3. 5. 47. 48. Stat. Brem. von 1303 Art. 17. 40. 51 (Oelrichs 74. 92. 97): pant that men vlotten ufte voren mach, im Gegensatz zu wichbelethe. UB. Augsburg I Nr 285: alle die ze der stat und von der stat ze Augspurch farent, tribent oder tragent, es si kaufmanschaft oder ander gut.

als von fahrendem Gute gesagt, man habe es in Gewere, aber nur von Liegenschaften wird ausgesprochen, man habe die Gewere derselben, man sitze in der Gewere des Gutes, man habe Gewere daran. Nie ist die Rede davon, dass man die Gewere seines Pferdes habe, in der Gewere seines Hausraths sitze oder dgl., immer heisst es, die Fahrnis sei in Geweren, man habe sie in Geweren[3]. In dieser unscheinbaren, leicht übersehenen Verschiedenheit der Ausdrucksweise, die man als eine Sprachlaune zu bezeichnen versucht sein möchte, spricht sich ein Rechtsprincip und ein juristischer Gegensatz von grosser Tragweite aus: das liegende Gut bildet für sich eine vestitura, ein Herrschaftsgebiet, und durch Veräusserung des Gutes giebt man die Herrschaft, die Gewere selber auf; vollständig, wenn man die ganze Liegenschaft, theilweise, wenn man blos ein Stück davon weggiebt. Dagegen hat alles, was mit der Fahrnis geschieht, auf die Gewere desjenigen, der sie besitzt, keinen Einfluss, fahrendes Gut wird durch Weggabe seitens seines bisherigen Inhabers blos aus dessen Herrschaft in eine neue übertragen, ohne dass (juristisch, nicht ökonomisch gedacht) jene dadurch geschmälert oder diese erweitert würde. Man kann also eine Fahrnissache, die man schlechtweg in Geweren hat, aus seiner Herrschaft entlassen, ohne die letztere selbst in ihrem rechtlichen Bestande zu afficieren; dagegen eine Liegenschaft, in deren Gewere man sitzt, kann man nur mit dieser Gewere selbst und durch deren Preisgeben veräussern; somit vollzieht man augenscheinlich einen qualitativ verschiedenen Rechtsakt, je nachdem man eine Fahrnissache aus seinen Geweren lässt oder die Gewere an einer Liegenschaft überträgt. Es ist derselbe Gegensatz, wie wenn ein Fürst infolge eines unglücklichen Krieges eine Provinz seines Reiches an den Sieger abtreten muss oder durch eine Pest oder eine Massenauswanderung oder zerstörende Naturereignisse seine Provinz entvölkert und zur Wüste werden sieht. Im ersten Falle büsst er ein Stück seiner Herrschaft und seines Herrschaftsgebietes ein, im zweiten Falle dagegen behält er sie in vollem Umfange, so sehr auch die Leistungsfähigkeit der Provinz dadurch geschwächt ist.

Nun war ursprünglich gewiss die unbewegliche oder die bewegliche Natur der Sachen das Maassgebende für die Frage, ob eine Gewere an ihnen bestehe oder ob sie nur in Geweren seien; der Rechtssatz

---

[3] Zur Seltenheit kommen Stellen vor, welche hiervon abzuweichen scheinen, z. B. Ssp I 20 § 4 spricht von unbescholtener Gewere der Frau an Gerade und Morgengabe, doch handelt es sich hier nicht um einzelne Fahrnisstücke, sondern um ganze Fahrniscomplexe, Sachgesammtheiten, bei welchen schon früh die Neigung zu Gleichbehandlung mit Immobilien bestand.

lautete: nur was liegendes Gut, also unbeweglicher Natur ist, das ist auch geeignet, den Gegenstand und die Grundlage einer besonderen Gewere, ein Herrschaftsgebiet (vestitura) für sich zu bilden; was dagegen fahrende Habe ist, entbehrt dieser Eigenschaft, trägt nicht den Charakter eines selbständigen Herrschaftsbestandes in sich selbst. Wurde nun diese rechtliche Qualification der Sachen zum Ausgangspunkte genommen, so konnte sich die Auffassung ergeben: Alles, was die Grundlage einer selbständigen Gewere, ein besonderes Herrschaftsgebiet herzustellen vermag, das ist unbeweglicher Natur; dagegen was den Bestand einer besonderen Gewere auszumachen nicht fähig ist, gehört unter die Fahrnis. Regelmässig fiel allerdings dieses rein juristische Kriterium der beiden Sachenarten mit dem natürlichen zusammen; doch gab es gewisse Sachen, bei denen das nicht der Fall war und für deren Classificierung einzig dieses juristische Merkmal entschied.

So sind die zu Seereisen verwendeten Schiffe der Kaufherren der Seestädte, ebenso die zu grossen Waarentransporten auf Binnenströmen gebrauchten Fahrzeuge und desgleichen Schiffsmühlen den unbeweglichen Sachen beigezählt[4]. Dass sie sich von Ort zu Ort bewegen, konnte nicht übersehen werden, aber das fiel rechtlich ausser Betracht gegenüber der Thatsache, dass sie einen Herrschaftsbestand für sich bilden, ein Gebiet für eine Gewere gleich einer städtischen Liegenschaft herstellen, ein schwimmendes Haus mit einer eigentlichen Wohnbevölkerung unter der Hausgewalt des Capitäns sind. Dagegen Nachen und Kähne, die dieser Eigenschaften grösserer Kauffahrer entbehren, waren Fahrnis. Man darf doch nicht sagen, jene Seeschiffe seien blos in einzelnen rechtlichen Beziehungen und aus Zweckmässigkeitsrücksichten so behandelt worden, als wären sie Immobilien, vielmehr sind sie dieser Behandlung durchweg und aus zwingendem juristischen Grunde theilhaftig geworden, welcher, um nur eins zu erwähnen, die Mobiliarklage bei ihnen nicht anwendbar erscheinen liess.

Im späteren Mittelalter sodann sind Waarenlager als Immobilien behandelt worden[5], aus gleichem Impulse wie schon Ssp I 20 von Gewere an der Gerade spricht, die Sachgesammtheit eines Waaren-

---

[4] So Hamburger Stadtr. von 1270 I 13: erve unde scepe schal men vor deme gantsen rade vorsetten. Verpfändung von Schiffen ohne Besitzübertragung Pauli, Abhandl. aus dem lüb. Recht IV, UB. B Nr 31 u. öfter, und Stobbe, Handbuch II, 2. Aufl., S 688 Anm 12.

[5] Verpfändung von Waarenlagern auch ohne Besitzübertragung Pauli, Abhandl. IV, UB. B Nr 77; von ganzem Mobiliar: daselbst Nr 59. 64. 65 u. a.

lagers erschien selber wieder zumal bezüglich der Verpfändbarkeit als eine besondere vestitura.

Dass Gebäude in alter Zeit als Mobilien dem Verkehre anheim gegeben waren, ist sehr verständlich, wenn man wahrnimmt, wie allgemein üblich und häufig das Wegnehmen der, aus Holz bestehenden und gar nicht oder nur leicht fundamentierten Häuser von ihrem bisherigen Standorte und das Verbringen auf ein anderes Gut bewerkstelligt wurde. Der Sachsenspiegel spricht von dem Abbrechen und Wegführen des zur Morgengabe gehörigen Hauses und Zaunes und selbst des auf dem Leibzuchtsgute stehenden Gebäudes durch die Witwe als von einer häufig praktizierten Sache[6]. Immerhin wird bisweilen nicht die bewegliche Natur der Häuser als Grund ihrer Fahrnisqualität angegeben, sondern der Umstand, dass sie verschwinden können, ohne die am Gute geübte Gewere in ihrem rechtlichen Bestande zu alterieren. Denn das liegt doch wohl in jenem Ausspruch der Lixfelder Schöffen: was die Fackel oder der Brand hinwegnehme, dass solches für Fahrnis gehalten werde[7], und darf kaum als eine „gewiss unrichtige parömische Regel“[8] angesehen werden.

Nicht in diesen Zusammenhang gehören dagegen die parömischen Formeln mancher Weisthümer, wodurch die Gebäude als Fahrnis gegenüber den Freunden und als Liegenschaft gegenüber dem Herrn erklärt werden. Damit ist nur gesagt, dass, solange nach dem Willen des Gutsinhabers die Verbindung der Häuser mit dem Gute besteht, dieselben Pertinenzqualität haben und das Schicksal des Gutes theilen. Wir werden das unten bei der Lehre von den Zubehörden näher zu erläutern haben.

Der im Vorstehenden entwickelte juristische Gegensatz von beweglichen und unbeweglichen Sachen ist von Einfluss geworden auf die technische Ausbildung der Verschiedenheit des Immobiliar- und des Mobiliarsachenrechtes. Die Darstellung des Sachenrechtes wird an diesen Punkt auch mit anzuknüpfen haben (§ 79), und namentlich die verschiedene Gestaltung des Besitzrechts bei liegendem und fahrendem Gute wird daraus verständlich.

---

[6] Ssp I 20 § 2, III 38 § 4. Andere Stellen für Wegführen der Häuser Grimm, Weisth. I 383 Z. 21 v. o., I 753 Z. 1 v. o. Auch v. Martitz, Ehel. Güterr. des Ssp S 219 Anm 13.

[7] Senkenberg, Opusc. Giess. S 69.

[8] So Stobbe, Handb. 2. Aufl. I 523.

II. Unkörperliche Sachen.

§ 68. A. Die einzelnen Fälle.

Von der Thatsache aus, dass das deutsche Recht als liegendes Gut behandelt, was für sich selbst eine vestitura, einen Herrschaftsbestand bildet, können wir eine Erscheinung des deutschen Rechtes erklären, welcher eine volle Würdigung und juristische Begründung in der Wissenschaft eigentlich noch nicht zu Theil geworden ist, nämlich das Vorkommen unbeweglicher Sachen unkörperlicher Natur. Dabei ist von vornherein der Begriff der res incorporales in jenem oben (S 330) berührten, römisch-modernen, aber juristisch unbrauchbaren Sinne abzulehnen. Die unkörperlichen Immobilien des deutschen Rechtes (denn nur als Immobilien, nie als Mobilien hat das Mittelalter dergleichen unkörperliche Sachen construiert) sind nicht Rechte schlechtweg wie ususfructus, obligatio u. a. im Sinne von Gaius II 14, sondern es sind Rechtsame, welche überhaupt nur als Objecte des Sachenrechtes, als Gegenstand des Eigenthums, der dinglichen Rechte, der Gewere, der dinglichen Klage u. s. f. im Rechtsleben zur Erscheinung und zur Verwerthung gelangen können. Wir betrachten zuerst die einzelnen Fälle und versuchen dann ihr juristisches Wesen in eine bestimmte Fassung zu bringen.

1. Zunächst gehören hierher alle die vielen mannigfaltigen, aber juristisch gleichartigen Fälle von Rechtsamen aus herrschaftlicher Gewalt, wie Grafschaftsrecht, Gerichtsbarkeit, Vogteirecht, die Regalien (Zoll-, Münz-, Jagd- und Bergrechte), Patronat, Bannrechte, Gefälle aller Art. Es ist unmöglich, diese Rechtsamen aus dem hier behandelten Gebiete und dem hier festgehaltenen Zusammenhang dadurch zu entfernen, dass man sie als Institute des öffentlichen Rechts, als Ausflüsse der Staatsgewalt (Hoheitsrechte) oder wenigstens der Gutsherrlichkeit von Grundherrschaften erklärt, denn so richtig das ist, so wenig kommt darauf an. Es steht unzweifelhaft fest, dass sie im Mittelalter privatrechtliche Natur angenommen haben und eines privatrechtlichen Verkehres nach allen Richtungen theilhaftig geworden sind, rein und klar als Vermögensrechtsobjecte, Privatrechtsgegenstände behandelt werden. Und zwar stehen sie, gleich den körperlichen Immobilien, den Liegenschaften, in Eigenthum und Gewere, werden in den Formen der Grundeigenthumsübertragung, durch gerichtliche Auflassung, unter Erbenlaub u. s. w. selber übertragen, gleich Grundstücken verpfändet, zu Leibzucht gegeben, gleich diesen im ehelichen Güterrechte und im Erbrechte behandelt, zum Gegenstand von Lehn und bäuerlicher Leihe gemacht, kurz in allem Rechtsverkehre den

Grundstücken gleichgestellt, sie sind selber Immobilien und nichts anderes. Man muss fast Anstand nehmen, Belege dafür beizubringen, weil solche urkundlich auf Schritt und Tritt begegnen, aber eine kleine zufällig herausgegriffene Zusammenstellung mag zeigen, wie wenig es sich hierbei blos um einen ungenauen Sprachgebrauch handelt, wie sehr es vielmehr System ist.

Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1109: liberam comiciam nostram vendidimus.

Mone, Z VI 327: Verkauf des Schultheissenamts (officium sculteti).

Mon. Bo. X 116: Verkauf des Gerichtes zu Oettingen, in allem dem rechten als ich es her han pracht in nutzlicher gewer, als mein ledig eigen gut.

Guden, C. d. I Nr 246: jurisdictiones quae centae vocantur dimisit nobis jure feudi a se possidendas ... et alias nobis titulo pignoris obligavit.

Westf. UB (Wilmans) III Nr 1553: recepto ab eo in proprietatem judicio in S. quod gogerichte dicitur.

Das. Nr 654: advocatiam contulimus libere et absolute perpetuo possidendam.

Cod. dipl. Anhalt. II Nr 26: advocatiam resignavimus, nihil nobis ratione advocatie juris et dominii reservantes.

Das. Nr 75: advocatie lingua et digito renunctiavit.

NR. UB. I Nr 227: advocatias super tria loca S. Marie in proprietatem concessimus, ea ratione ut potestative teneant.

Das. Nr 287: advocatiam ecclesie liberam resignarunt.

Mon. Bo. XXXVIII Nr 170: theloneum in Sande et portarum civitatis nostre vendidimus mere proprietatis titulo cum pleno rerum dominio et jure, inducentes eum (emtorem) in possessionem corporalem.

Cod. d. Anhalt. I Nr 325: piscationem effestucavit.

Mon. Bo. X 103 Nr 70: si horten wol, daz si herr Winhart ansprach umb den chirchensatz, des sässen si pey nutz und gewer und der wer ir recht lehen von dem hertzog ze Payrn.

C. d. Anhalt. II Nr 168: patronatum ad se proprietatis titulo pertinentem.

NR. UB. I Nr 222: inter cetera proprietatis sue bona preposituram in R. b. Petro Colon. tradidit.

Guden, Syll. S 104: Lupfridus jure hominii in feodo de manu nostra tenebat navalem transitum, quod vulgo dicitur passagi-

um in flumine Neckaro apud Heidelberg, cuius rei proprietas ad S. Andree ecclesiam pertinere dignoscitur.

Guden, Syll. S 112: evectiones duorum plaustrorum singulis diebus de silva monasterii sub jure ac titulo proprietatis se habere protestantur.

Mone, Z VII 39: omnibus exactionibus, angariis, servitiis et juribus quibuscunque, que de curia in H. ratione advocatie requirere et exigere possemus, renunciamus communicata manu coram sculteto, scabinis et villanis ville prefate cum effestucatione et sollempnitate debita et consueta.

2. Die paar letzten Beispiele führen uns schon auf das Gebiet der Reallasten. In der That theilen dieselbe rechtliche Natur mit diesen unter 1 aufgeführten Rechtsamen alle jene als Reallasten bezeichneten Berechtigungen, der Zehnt an der Spitze, doch nicht minder Zinse, Frohnden, Renten, selbst die durch Rentenkauf auf eine Liegenschaft gelegten Gülten.

UB. St. Gallen Nr 621: cuius decima tunc in mea vestitura erat.

NR. UB. I Nr 288: comes silve decimas cum a me in beneficio teneret, coram omnibus mihi reddidit.

Das. Nr 419: decimam jure hereditario possidere; nobis resignata per nos traditur ecclesie.

Guden, Syll. S 202: decime legitima emptio et publica coram nobis resignatio in manus abbatis.

Guden, C. d. I Nr 241: decimam quam a nobis tenuit jure feudali, donavimus ecclesie de A. jure proprietatis in perpetuum possidendam.

Das. I Nr 246: pro 250 marcis obligavit nobis decimas suas.

C. d. Anhalt. II Nr 137: jus et proprietatem decimarum bonorum suorum ad jus et proprietatem Brandenb. ecclesie pertinere recognoverunt.

UB. Augsburg I Nr 59: proprietatem decimarum hospitali contulimus.

C. d. Francofurt. S 23: censum orti comparavit; censum vendere vel in vadio alicui obligare non presumat; ecclesia censum illum in perpetuum possidebit.

NR. UB. I Nr 289: contradidi ei curtem E. et in B. quinque solidos et decimationem in R. et allodium in G.

Westf. UB. (Wilmans) III Nr 1006: proprietas annue pensionis.

Das. Nr 563: J. de R. redditus annuos trium moltiorum siliginis

mera proprietate sibi attinentes quod vulgo dicitur thurslacht egen distraxit et ad forum vriethinc coram A. comite resignavit.

Das. Nr 1318: H. de L. vendidit redditus viginti scepel annone cum libero et pleno jure proprietatis; liberi et heredes eius renuntiant omni juri quod ipsis in redditibus competere videbatur, ita quod emtores dicta bona seu redditus pleno jure pacifice et quiete in perpetuum possidebunt.

Hess. Urk. (Baur) I Nr 202: vendidi redditus V maldrorum frumenti de mansu cedentes commendatori et fratribus domus in S., quos redditus ego et heredes mei resignavimus in manus fratris E. publice, abdicantes a nobis omne jus quod in eisdem redditibus competebat.

UB. Augsburg I Nr 289: und also sulen wir dieselben vier phunt phenning geltes dem spital stäten und vertigen fur rehtes aygen, als man aygen durch reht stäten und vertigen sol nach diser stet reht ze A.

v. Wyss, Abtei Zürich, Urk. Nr 161: pensiones vendere, mutare, obligare, alienare.

Hamburger Stadtr. 1270 II 1 (= Lüb. R.: Hach, Cod. III 264): de den ervetyns koft hevet unde in sinen weren hevet.

Goslarer Stat. 25, 33: dat ik dit ghelt hebbe in mine were ghebracht mit richteren unde mit twen ratmanne.

Ueber die Nothwendigkeit des Consenses der Erben zu Veräusserung von Reallastberechtigungen so gut wie bei Grundstücken: Möser, Osnabr. Gesch. II Nr 67b. 88, III Nr 123—126. Westf. UB. (Seibertz) I Nr 78. 109. 110. 140. 143. 172. 196. Westf. UB. (Wilmans) III Nr 563. 1318. Vgl. Pauli, Abhdl. II 24 Urk. v. 1350. Stobbe, Rentenkauf, in Z f. DR XIX 195.

3. An die Reallast reiht sich als dritte Art solcher unkörperlicher Immobilien die Prädialservitut, an welcher das deutsche Recht ebenfalls Gewere und Eigenthum anerkennt, welche es also als Besitz- und Eigenthumsobject gebildet hat[1].

Magd. Bresl. syst. Schöffenr. V 23: hat der clegir den wassirlowff gerülich besessen und gehabit jar und tag ane rechte wedirsproche, so ist her bey syner gewere und besiczunge des wassirlouffs nehir zu bleyben[2].

[1] Dass es sich dabei nicht um etwas der juris quasi possessio des römischen Rechts Analoges handeln kann, wird die Darstellung des Sachenrechtes ergeben.

[2] Vgl. das. V 18, 10. Magd. Fr. I 19, 2. Glog. RB. 130. Stendaler Urth.-B. (Behrend) Urth. 13 § 2 u. 3.

Kölner Schreinsurkunden (Publ. der Ges. f. rhein. Gesch. Bd. I) S 26 Nr 41: H. aqueductum quod vocatur in teutonico suha, quam edificavit quamque in sua possessione et proprietate possidet, contra C. emit. Vgl. das. Nr 42 und S 25 Nr 26.

Erbleihe eines Wegrechts in einer ungedruckten Basler Urk. des Leonhardsstiftes von 1334: H. V. verkauft an Frau Margreth von Oberwinterthur das Haus zum Gylien: man sol auch wissen, das man Heinrich Isenlin ierglichs git und geben sol von dem wege, der von dem huse zem Gylien hinder ze sant Martin us gat, vier phenninge ze zinse und vier phenninge ze erschatze, so sich dü hant verwandelt, der och ze rechtem erbe den selben weg (d. h. Wegrecht) vor mir (Schultheiss) in gerichte verlühen het der vron Margarethen umb den vorgeschribenen zins und erschatz.

Verpfändung eines Wasserleitungsrechtes: Ego G. et uxor mea A. pignoratores sumus S. Michaeli cenobio Coxani aliquit de alaudem nostrum; facimus vobis cartam pignorationis propter uncias II auri quod comodastis nobis, ut de cursu aque faciatis a flumine Ted usque ad villam Basoni per alaudem nostrum. Concedimus ut aprehendatis aquam et transire faciatis sive per villam sive per agros usque in villam Basoni omni tempore. In tali conventu, ut si nos reddimus aurum, hanc cartam reddere faciatis. Sin autem, semper possideat monasterius aquam, ita ut nullus homo audeat tentare tollere eam aut disrumpere ipsum decursum aque neque deviare[3].

4. Endlich gehört hierher das Recht auf Führung von Zeichen (Haus-, Hof- und andern Marken, Siegeln), nach welcher Richtung unsere Zeit mit besonderer Vorliebe und Uebertreibung das Recht auf Handels- und Fabrikzeichen, Etiketten u. dgl. und das Recht auf die Verwerthung geistiger Producte und Erfindungen u. s. f. ausgebildet hat. In allen diesen Fällen ist die einzig statthafte und durchführbare juristische Construction die eines Eigenthums an dieser Rechtsame, also die Behandlung derselben als Sache. Homeyer[4] sagt sehr treffend: „Das alte wie das neuere deutsche Recht hat den Begriff eines Eigenthums an Gerechtsamen, also an unkörperlichen Dingen mancherlei Art, ausgebildet. Statt »Eigenthum an der Zeichenführung« sagt der gemeine Sprachgebrauch kürzer: Eigenthum am Zeichen, der Berechtigte nennt das Zeichen selber sein eigenes und die gesetzliche

[3] Hist. de Languedoc (Vaissete), Ausg. 1875, V Nr 186. Vgl. Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S 94.

[4] Die Haus- und Hofmarken S 306 ff.

Ausdrucksweise nimmt oftmals keinen Anstand, dem zu folgen, das französische Gesetz überschreibt seinen ersten Titel: du droit de propriété des marques." In gleicher Weise hat Frankreich das Recht des Schriftstellers und des Künstlers auf Verwerthung seiner litterarischen und künstlerischen Producte droit de propriété littéraire et artistique genannt, ein Ausdruck, welcher das geringschätzige Urtheil, das ihm in der deutschen Litteratur zu Theil geworden ist, keineswegs verdient und jedenfalls besser ist als Urheberrecht u. dgl., weil er in der Vulgärsprache bezeichnet, was der Jurist als Eigenthum an dem Rechte der Verwendung und der Nutzbarmachung von geistigen Producten versteht oder verstehen sollte.

§ 69. B. Juristische Begründung.

Alle diese Rechtsame können im deutschen Rechtssysteme weder als dingliche noch als obligatorische Rechte construiert werden: unter den dinglichen finden sie keine Unterkunft, weil nach der Structur des deutschen Sachenrechtes nur diejenigen Rechte dingliche sind, welche in der Gewere an der Sache, an der sie bestehen, zur Ausübung kommen; obligatorische Rechte können sie nicht sein, weil sie nicht in einem persönlichen Anspruche an eine verpflichtete Person ihren Inhalt finden oder gar sich darin erschöpfen. Was die Reallasten betrifft, bei denen es am bestrittensten ist, wie ihre rechtliche Natur aufzufassen sei, so behalte ich sie dem folgenden Paragraphen vor, und beschränke mich vorläufig hier auf die andern Fälle.

Dass die unter 1 genannten Rechtsame weder dingliche noch persönliche Rechte sind, ist wohl nicht beanstandet. Das dingliche Recht müsste an dem Gerichtsbezirke, dem Vogteigebiete, dem Jagdreviere u. s. f. bestehend gedacht werden, und zwar so, dass der Berechtigte eine nach dem Inhalte seines Rechtes bezeichnete Gewere an diesem Bezirke hätte, also eine Gerichts-, Vogtei-, Jagd-, Patronatsgewere u. s. f. auf gleicher Linie und in gleicher Bedeutung mit der eigenlichen, der Leibzuchts-, der Satzungsgewere, woran sich die weitere Folge anschlösse, dass das Gerichts-, das Vogtei-, das Patronatsrecht so wenig wie das Eigenthum, das Leibzuchts- und das Satzungsrecht selbst wieder Gegenstand des Eigenthums und der dinglichen Rechte werden könnte. Wollte man sich gegentheils diese Rechtsamen als persönliche Rechte (im Sinne von Forderungsrechten, obligatorischen Rechten) denken, so müsste sich ihr Inhalt in dem Anspruche auf eine Leistung oder eine Unterlassung einer verpflichteten Person erschöpfen. Nun ist bei diesen Rechtsamen allerdings der Gerichts-

oder der Vogteiherr, der Jagdberechtigte u. s. w. befugt, von den Bewohnern des Bezirkes die Gerichtsleistungen und die Vogteiabgaben, die Unterlassung des Jagens und Fischens zu verlangen, aber solche Verpflichtungen sind nicht nur nicht der eigentliche Gegenstand der Rechtsame, sondern — und das ist die Hauptsache — für deren Begriff und Bestand gar nicht wesentlich. Wir können uns eine Gerichtsbarkeit denken ohne jegliche Leistungen, eine Vogtei ohne jegliche Abgabe (blos als Vertretung der Vogteiangehörigen nach aussen), ein Jagd- und Fischereirecht ohne jus prohibendi gegen Andere, ein Fährenrecht (navalis transitus in der obigen Urkunde) ohne Monopol, und einzelne der hieher gehörigen Rechtsame lassen gar keinen Raum für Leistungen Anderer, so das Patronatsrecht, daher in der That kann gesagt werden, dass diese Rechte auf gar keiner Verpflichtung (zu Leistung oder Unterlassung) beruhen.

Leicht ersichtlicher Maassen sind es Befugnisse zu Ausübung einer Gewalt, potestas, mit denen wir es hier zu thun haben. Die Rechtsame besteht in der Befugnis des Berechtigten, kraft einer ihm übertragenen Gewalt etwas zu thun: Gericht zu halten, Münze zu schlagen, Zoll von Kaufmannswaaren zu erheben, zu jagen, Erz zu graben, Pfarreien zu besetzen. Dass daneben, vielleicht behufs möglichst einträglicher Ausnutzung dieses Rechtes, noch Gerichtsleistungen, Vogteiabgaben, Jagdverbote, Kirchensteuern gefordert werden, ändert an dem Inhalte des Rechtes als einer Gewaltausübung ebenso wenig, wie die patria potestas ihrem Begriffe nach dadurch geändert wird, dass das Hauskind seinen Verdienst für sich behalten darf oder dem Vater abliefern muss. Weil der Inhalt dieser Gewalt sich weder in der Beherrschung einer Sache noch in der Anspruchnahme einer fremden Handlung oder Unterlassung äussert, sie also weder dingliches noch Forderungsrecht ist, so kann sie auch gleich einer Sache nur als Rechtsobject in vermögensrechtlichen Verkehr gelangen, also als Gegenstand des Eigenthumsrechtes des Gewalthabers.

Dabei konnte nicht zweifelhaft sein, dass alle diese Rechtsamen dem liegenden Gute zuzuzählen seien, schon darum, weil sie nur auf Grund einer immobilen Unterlage möglich und verwerthbar sind. Diese Gewaltverhältnisse nämlich sind allesammt nicht rein persönlicher Natur, beruhen nicht wie etwa das zwischen Vater und Kind nur auf persönlicher Beziehung, selbst das Vogteirecht nicht, sondern entfalten ihre Wirksamkeit innerhalb eines räumlich abgegrenzten Gebietes. Das Lehnrecht hat das sehr hübsch so formuliert, dass solche Rechtsamen, welche eine stat des lenes haben, sich dazu eignen, selber Lehnsgegenstand zu werden. Wir dürfen das unbedenklich dahin ver-

allgemeinern, dass wir sagen: es muss eine „stat“ vorhanden sein, auf welcher die Rechtsame dinglich fundiert ist, und welche ihr selber die Immobiliarqualität verleiht. „Stat“, d. h. Stätte, ist eben der räumliche Bezirk, in welchem die Gewalt geübt wird[1] und welcher derselben die Gewähr der Dauerhaftigkeit und eines bleibenden Bestandes giebt, sodass sie selbst als Immobile erscheint. Daher kann z. B. eine blose Anweisung eines Herrn auf Bezug einer Jahresrente aus seiner Casse (Kammer) nicht Gegenstand einer Belehnung werden[2]. Alle diese besprochenen Rechtsamen haben eine stat, eine Immobiliarbasis, von der getrennt sie nicht denkbar sind, sie sind bedingt durch das Vorhandensein eines Gerichtsbezirkes, eines Zollgebietes, eines Jagdreviers u. s. w. Dieses Gebiet, die stat, ist nicht selber in der Gewere des Rechtsameninhabers, sonst wäre ja die Rechtsame selbst nichts anderes als ein dingliches Recht. Das zeigt sich gerade im Lehnrecht sehr deutlich: die stat des lenes ist nicht selber Gegenstand der Belehnung; der Lehnsherr, der ein Zollrecht in seiner Herrschaft oder Gefälle aus einem Bezirke oder einem Einzelgute zu Lehn ertheilt, behält sein Recht und seine Gewere an der Herrschaft oder an dem Gute und kann damit schalten und walten nach Belieben, durch Veräusserung, Verpfändung, Verpachtung u. s. w. Aber die Rechtsame, weil auf Grund und Boden radiciert und damit nothwendig auch räumlich abgeschlossen, erhält dadurch selber Liegenschaftsnatur und den Charakter einer vestitura.

Die Einordnung der Prädialservituten in diese Kategorie der unkörperlichen Sachen könnte eher Zweifel erregen. Mir scheint sie unbedingt richtig. Den Beweis finde ich darin, dass unbestreitbar der Servitutberechtigte keine Gewere am dienenden Grundstücke selber hat, somit auch, nach dem im Sachenrechte Auszuführenden, die Servitut selbst nichts mit den deutsch-rechtlichen jura in re gemein hat und im Sachenrechtssystem nirgends kann untergebracht werden.

---

[1] Nicht mit der Stat ist also zu verwechseln das Grundstück, an welches eine Rechtsame etwa geknüpft ist. Es sind nämlich diese Rechtsamen oft Pertinenz von Grundstücken geworden, Realgerechtsame, etwa Grafschaftsrechte auf gewisse Schlösser gelegt, wie z. B. die Landgrafschaft Sisgau Annex der Herrschaft Farnsburg war; aber nicht diese, sondern das Landgrafschaftsgebiet ist die Stat der Grafschaft. Oder Trouillat I Nr 378 heisst es: curtis Gondelstorff ad quam pertinet placitum generale quod vulgo dicitur datz gros dinch. Nicht dieser Hof, sondern der Gerichtsbezirk ist die Stat des placitum. Die Verbindung der Rechtsame mit einem Grundstücke ist für unsere Frage gleichgiltig, bestimmt blos das Subject der Rechtsame.

[2] Ssp Lehnr. 11 § 3. Schwsp Lehnr. 99. Homeyer II 2 S 283 f.

Endlich das Recht auf Führung von Hausmarken, Siegeln und was sich dann in neuerer Zeit daran angehängt hat (Fabrikzeichen u. s. w.), ist seinem Inhalte nach nichts andres als die besprochenen Rechtsamen, den Hausmarken mangelt auch nicht das wichtige Element einer „stat“. Die neueren Rechte dieser Art entbehren einer stat und sind daher auch als Mobilien behandelt. Die Uebertragung einer Fabrikmarke, eines Urheberrechts erfolgt nicht auf dem Wege der gerichtlichen oder grundbüchlichen Fertigung, sondern durch einfache Tradition.

Es bedarf nun auch zum Schlusse keines weiteren Nachweises, dass das deutsche Recht weder die wirklichen dinglichen Rechte (Eigenthum eingeschlossen), noch die obligatorischen Rechte als unkörperliche Sachen in dem hier aufgestellten Sinne angesehen hat. Erst der neueren Zeit und ihrer Gesetzgebungskunst war es vorbehalten, auch hier von unkörperlichen Sachen zu reden und die reinen Sachen- und Forderungsrechte als solche zu rubricieren. Der ungesunde Begriff der res incorporales des römischen Rechtes hat dazu den Anstoss gegeben, die steif-römischen Stadtrechtsreformationen schon glaubten Alles, was Vermögenswerth hat und Vermögensbestandtheil ist (quae in patrimonio sunt), unter den Sachenbegriff unterbringen und nach den zwei Arten von beweglichen und unbeweglichen Sachen classificieren zu müssen. Aber das mittelalterliche deutsche Recht ist hierin so correct wie möglich und man thut ihm vollständig Unrecht, wenn man ihm die Veranlassung dazu schuld giebt.

C. Die Reallasten.

§ 70. 1. Rechtlicher Charakter der Reallasten.

Die Ausführung des vorigen Paragraphen mag leicht den Eindruck einer überflüssigen Beweisführung für den durchaus selbstverständlichen Satz gemacht haben, dass Rechtsamen wie Gerichtsbarkeit, Vogteirecht, Regalien u. s. f. weder dingliche noch obligatorische Rechte seien. Mein Zweck dabei war hauptsächlich, freies Feld für die rechtliche Auffassung der Reallasten zu gewinnen, für welche bekanntlich jener Satz sich keineswegs der Selbstverständlichkeit erfreut. Kann man sich nämlich der Ueberzeugung nicht verschliessen, dass die Reallasten ihrem juristischen Wesen nach mit jenen Rechtsamen durchaus gleichartig sind, so haben wir sofort schon den maassgebenden Gesichtspunkt vor Augen und laufen nicht Gefahr, dass unser Blick durch nebensächliche, rechtlich irrelevante Beigaben, die sich bei den Reallasten finden, getrübt werde, und dass wir diesen Nebensachen das entscheidende Gewicht beilegen.

Denn Reallasten sind die kraft eines Gewaltverhältnisses, und zwar einer Abgabenerhebungsgewalt, bestehenden Belastungen von Grundstücken mit Gefällen aller Art. Woher jene Gewalt stammt, ob aus einem Machtgebote des Königs, wie bei dem Zehnt, ob aus Eigenthum des Grundherrn an dem belasteten Gute, wie bei dem Grundzinse, ob aus einer Einräumung seitens des Eigenthümers an den Berechtigten, wie bei Vogteizins, ist rechtlich unerheblich. Die Reallastberechtigung besteht also in der Befugnis, von den ihr unterworfenen Gütern eine Grundabgabe zu erheben. Dass sich diese Abgabenerhebung durch Zahlung seitens der Inhaber der belasteten Grundstücke realisiert, ist richtig, macht aber das Recht nicht zu einem obligatorischen, weshalb aus der Definition Alles zu entfernen ist, was auf ein obligatorisches Element hindeuten könnte, wie Verpflichtung zu Leistungen, zu periodisch wiederkehrenden Zahlungen u. dgl. Das Wesen des Rechts ist genugsam charakterisiert durch die Definition als potestas, kraft welcher der Berechtigte aus den ihr unterworfenen Gütern Abgaben bezieht, und an welcher ihm Gewere, Eigenthum, Lehnrecht u. s. w. zusteht.

Die Reallastberechtigung ist kein dingliches Recht an der belasteten Sache, weil der Berechtigte keine Gewere an derselben hat; es ist seit Albrecht bis auf den heutigen Tag ein vergebliches Bemühen gewesen, eine solche zu entdecken und nachzuweisen. Ohne die Möglichkeit einer Gewere an der Sache aber ist nach deutschem Rechte, wie später zu zeigen, kein dingliches Recht an derselben vorhanden.

Die Reallast ist aber ebenso wenig ein Institut des Obligationenrechtes. Indem man oft die Begründung einer Reallast schlechthin als Eingehung eines obligatorischen Verhältnisses, persönlicher Berechtigung des Bezügers und persönlicher Verpflichtung des Inhabers des belasteten Gutes ansah, wurde man zu einer tiefgehenden, ebenso unrichtigen Consequenz getrieben: es ergab sich nämlich, weil man die Existenz einer Gewere, eines Eigenthums, dinglicher Rechte an der Reallastberechtigung selbst nicht ignorieren konnte, als Resultat die von Delbrück auf die Spitze getriebene, hier später noch näher zu würdigende Lehre, dass das deutsche Recht eben die „obligatio" in römischem Sinne nicht gekannt, sondern blos Forderung und Schuld als active und passive Vermögenswerthe gebildet und dem Rechtsverkehre anheim gegeben habe. Wollten wir das mehr modern ausdrücken, so wäre etwa zu sagen: das Verhältnis nach aussen sei ein dingliches, d. h. die Reallastberechtigung werde nach aussen als Sache behandelt und sei somit Eigenthumsobject, das Verhältnis nach innen aber — und ein solches muss ja der Natur der Begriffe Forderung und Schuld

gemäss existieren — sei ein obligatorisches, d. h. alle Beziehungen zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem stünden unter den Grundsätzen der Obligation. Man sehe sich aber wohl vor, ob man nicht mit der Trennung des inneren und des äusseren Verhältnisses in solcher Weise ein verwegenes Spiel treibt. Es ist ja für die juristische Construction eines Rechtsinstituts oft sehr nützlich, ja nothwendig, die innere und die äussere Seite aus einander zu halten, aber doch immer unter der unerlässlichen Bedingung, dass die Einheit, das einheitliche Princip des Rechtsinstitutes darüber nicht verloren geht und die beiden Seiten nicht Widersprüche gegen einander erzeugen. Bedient man sich dieses Hilfsmittels, um zwei einander feindselige Principien zu einem Gebilde zu verbinden, so kann nur ein juristisches Monstrum erzeugt werden. So in unserem Falle. Das Wesen der Obligation schliesst Vertretung und Verfolgung derselben als einer Sache nach aussen, gegen Dritte aus; kein Gläubiger kann seinen Anspruch aus Darlehen, Miethe, Gesellschaftsvertrag gegen jemand anders gerichtlich geltend machen als gegen seinen Schuldner selbst, eine Klage gegen Dritte auf Anerkennung der Darlehensforderung und Unterlassung der Geltendmachung derselben gegen den Schuldner giebt es nicht und kann es nicht geben, weil ein Eingriff Dritter in das Recht des Gläubigers nicht denkbar ist[1]. Darum muss eine Obligation nach innen und nach aussen Obligation sein, oder sie ist es nach beiden Seiten nicht. Wie verhält es sich nun in dieser Beziehung mit den Reallasten?

Es kommt tausendfältig vor, dass der in Besitz und Genuss einer Reallast Befindliche von einem Dritten, der seinerseits der Reallastberechtigte zu sein behauptet, auf Anerkennung des klägerischen Rechtes und Unterlassung künftiger Ausübung der Berechtigung belangt wird[2],

---

[1] Es bedarf keiner Erwähnung, dass und warum diese Sätze scheinbar modificiert sind, wo die Obligation in einem Werthpapiere verkörpert ist. Die Klage gegen den unrechtmässigen Inhaber eines solchen Papieres ist eben nicht Klage auf Anerkennung der Forderung an den Schuldner, sondern einzig Vindication des Papieres.

[2] So Lupi, C. d. Bergom. II 1337: Die ecclesia s. Marie klagt gegen das Kloster des h. Firmus et petebat a monasterio possessionem vel quasi et pertinentiam quarte partis decime de Anteniano, quam dicebat monasterium possidere; proponebat se a quadraginta annis infra de quarta decime in possessione fuisse, allegabat etiam quartam ad suam pertinere ecclesiam multis rationibus. Die Antwort lautet: decimam esse quiete possessam a monasterio s. Firmi per viginti annos, et ecclesiam s. Marie numquam de illa decima in possessione fuisse. Das Gericht monasterium a petitione ecclesie de decima per suam absolvit sententiam, prestito tamen juramento quod predictum quartum decime nec in toto nec in parte ad ecclesiam s. Marie pertineat. Ebenso das. II 1373.

und nicht minder umgekehrt, dass der im Genusse Befindliche gegen einen Dritten auf Unterlassung von Störungen seines Rechtes, z. B. von eigenmächtigen Zinserhebungen, Klage erhebt[3]. Diese Prozesse bewegen sich durchaus in den Formen des für Vindication von Liegenschaften, bez. für Schutz gegen Eingriffe in das Eigenthum geltenden Verfahrens, die Klagen sind die gleichen dinglichen, welche auch bei Liegenschaften verwendet werden. Siegt im ersten Falle der Kläger, der Vindicant, so wird ihm die Rechtsame adjudiciert und er darüber investiert; siegt er im zweiten Falle, als Negatorienkläger, so muss der Beklagte durch Auflassung verzichten. Der Inhaber des belasteten Gutes bleibt bei diesen Prozessen gänzlich ausser Spiel, für ihn ist es rechtlich gleichgiltig, wer die Nutzungen erhebt.

Noch wichtiger und vollends gegen die obligatorische Natur der Reallasten entscheidend ist die Thatsache, dass auch wo der Berechtigte gegen den angeblich Verpflichteten auf Anerkennung der Reallastberechtigung im ganzen oder auf einzelne Leistungen klagt, nicht persönliche, sondern dingliche Klage erhoben wird. Es ist hier einer späteren Untersuchung (§ 78) vorweg zu entnehmen, dass das deutsche Klagensystem auf den Unterschied von dinglichen und persönlichen Klagen, somit das Civilrechtssystem auf den von dinglichen und persönlichen Rechten basiert ist; die dinglichen Klagen lauten auf: malo ordine possides, die persönlichen auf: dare mihi debes; die dingliche Klage nöthigt den Beklagten zur Rechtfertigung seines Besitzes (pone rationem), die persönliche berechtigt ihn zum Beschwören seiner Nichtschuld. Würde es sich bei der Reallast um eine persönliche Verpflichtung obligationenrechtlicher Natur handeln, so müsste die Klage des Ansprechers gegen den die Leistung weigernden angeblichen Verpflichteten auf dare mihi debes lauten; das ist nicht der Fall, sondern die Klage geht auf malo ordine retines, denegas mihi decimam, censum, oder: decima mihi pertinet. So heisst es: ecclesia s. Andree Wormat. super decima feni de pratis in villa L., quam asserebant decanus et capitulum ab antiquo ad suam ecclesiam pertinere, questionem moverunt contra H., G. et E. fratres, qui dicebant, quod de

[3] Ganz wie bei Störung in der Ausübung einer Gerichtsbarkeit u. dgl. Vgl. z. B. den Prozess über ein Patronatsrecht bei Muratori, Ant. It. IV 29: Abbatissa conquerebatur, quod vicini ecclesie s. Marie presbyterum suum, quem in ipsa ecclesia posuerat, violenter et injuste expulerant. Econtra vicini dicebant, ecclesiam monasterio non pertinere, sed sacerdotis electionem ad se de jure et ex longa consuetudine pertinere. Ebenso wird C. d. Bergom. II 1401 gestritten, wer die tenuta (Gewere) eines Zollrechtes habe.

pratis eorum numquam fuerit decima data feni[4]. Der zu Gunsten des Klägers fallende Spruch lautet auf Adjudication der Reallastberechtigung und Besitzeinweisung des Klägers[5].

So jedenfalls, wenn es sich um Geltendmachung und Bestreitung der Berechtigung im ganzen, des Zehnt- oder Zinsrechtes selber handelt. Wie es gehalten wurde, wenn das Recht selbst nicht beanstandet war und blos eine einzelne Jahresleistung eingeklagt wurde, von welcher der Beklagte behauptete, er habe sie schon entrichtet, darüber ist mir ein bestimmter urkundlicher Beleg nicht zur Hand. Ich kann aber kaum bezweifeln, dass auch in diesem Falle die persönliche Klage mit dare mihi debes nicht möglich war, einfach darum, weil auch verfallene Leistungen ursprünglich nicht zu einer persönlichen Schuld desjenigen wurden, unter welchem sie fällig geworden waren, sondern auf dem Gute liegen blieben. Das dare debes der persönlichen Klage setzt aber voraus, dass der Klaggrund ein persönlicher Verpflichtungsgrund ist. Auch in dem Falle der Bestreitung einer geforderten einzelnen Prästation konnte die Klage nur auf malo ordine mihi denegas decimam, censum lauten, d. h. du machst mir wider Recht den Zehnt oder Zins streitig, den ich von deinem Gute zu erheben berechtigt bin.

So liegt auch für das innere Verhältnis zwischen Reallastberechtigtem und dem von der Last Betroffenen keinerlei obligatorisches Moment vor: die Reallast ist eine ausschliesslich auf dem Gute haftende Steuer, und wenn der Inhaber des Gutes dieselbe nicht bezahlt, so nimmt der Berechtigte eben auch nur das Gut in Beschlag[6]. Diese Haftung des Gutes folgt aus seiner Eigenschaft als „stat“ der Reallast. Es ist das Gebiet, über das sich das Steuerrecht erstreckt, und wenn auf diesem Gebiete der Gehorsam versagt wird, so nimmt es der Berechtigte zu directer Erhebung der Abgabe in seine Gewalt. Daraus

---

[4] Hess. Urk. (Baur) I Nr 185. Ebenso Lupi, C. dipl. Berg. II 1341: Die Kirche St. Alexander klagt gegen einen gewissen Atto, dass er ihr von einem Stück Landes den Zehnt prästiere, weil ihr der Zehnt daselbst gehöre und der Bischof sie de tota decima totius illius terre investiert habe.

[5] Cod. dipl. Bergom. (Lupi) II 939: Die canonici s. Alexandri inter ceteras consuetudines quas ab episcopo requirebant panem et vinum in sacrificium totius anni requirebant. . . Pars episcopi omnibus modis denegabat. Der Spruch lautet: adjudicavimus eas (die begehrten Leistungen) canonicis ab episcopo singulis annis persolvi debere et per baculum canonicos de consuetudinibus illis perpetuo possidendis investivimus.

[6] Vgl. Cap. Mant. (Boretius I 197): domus eorum wiffentur, quousque pro decima satisfaciant. Lüb. R. II 235: He scal sic dar an holden dar he den thins inne hevet. Wormser Urk. bei Arnold, Zur Gesch. des Eigentums S 467. 470. Stobbe, Zur Gesch. des Rentenkaufs, in Z f. DR XIX 202. 212.

ergiebt sich, dass die Execution auf Grund einer Reallastberechtigung rechtlich etwas wesentlich anderes ist, als die Execution aus einer Schuldforderung. Die letztere bezweckt Erfüllung und Tilgung des Rechts, dagegen diejenige für eine Reallastberechtigung (gleich der Execution auf eine vindicierte Sache) Erhaltung und Fortdauer des Rechtes. Die Execution für eine persönliche Schuldforderung geht daher auf Pfändung und Verkauf beliebiger Gegenstände des Schuldners und Befriedigung des Gläubigers aus dem Erlöse, die Execution für Reallastberechtigungen dagegen auf die Ermöglichung fortdauernden Bezuges der Nutzungen, daher Einweisung des Berechtigten in das bestimmte belastete Gut. Bei persönlichem Anspruche hat der Gläubiger im Concurse des Schuldners kein Recht auf ein bestimmtes Vermögensobject des letzteren, dagegen der Reallastberechtigte nimmt im Concurse des Inhabers der belasteten Sache vorweg und mit Ausschluss der persönlichen Gläubiger als Vindicant seine Nutzung in Anspruch.

Mit dem hier entwickelten juristischen Charakter der Reallasten lassen sich nun auch einzig in befriedigender Weise die Grundsätze vereinbaren, welche die Quellen bezüglich der Entstehung und des Erlöschens der Reallast aufstellen. Keiner langen Erörterung bedarf der Fall, wo das Gesetz selbst eine Reallast einführt, wie das bei dem kirchlichen Zehnt der Fall gewesen ist. Da hat die Kirche kraft Rechtssatzes das Eigenthumsrecht an dem Zehnt auf allem fruchterzeugenden Erdreiche erworben, und eines besonderen Rechtsaktes zur Begründung dieses Eigenthums bedarf es nicht weiter. Dem steht der Fall juristisch gleich, wo in Folge einer Grund- oder Vogteiherrschaft eine Reallast entsteht: eine Gemeinde hat sich beispielsweise unter die Vogtei eines Grossen gestellt und der Vogteiherr legt nun auf ihre Gemeinmark einen Vogteizins; auch dieser Zins beruht auf herrschaftlicher Satzung, welche für die Untergebenen die Bedeutung eines Rechtssatzes hat. Hieran schliessen sich eng die Fälle an, wo der Eigenthümer sein Gut einem Andern zur Nutzung und Bewirthschaftung einräumt und dafür eine Reallast, einen Zins oder Frohnden oder beides, auf das Gut legt, also die Fälle der verschiedenen bäuerlichen Leihen. Auch hier folgt die Begründung der Last unmittelbar aus dem Eigenthum des Berechtigten, dieser letztere bestimmt gelegentlich der Verleihung kraft seines Eigenthums und für sich selbst die Steuerkraft des Gutes, deren er geniessen will, der Zinsmann constituiert ihm nicht den Zins, so dass es hiefür einer Tradition oder eines obligatorischen Rechtsgeschäftes unter den Parteien bedürfte, sondern der Eigenthümer legt durch seine einfache Willenserklärung die Last auf das Gut. Nun aber gehen wir zu den Fällen über, wo der Eigenthümer seine

Liegenschaft mit einer Steuer beschwert zu Gunsten eines Andern (nicht wie vorhin zu eigenen Gunsten): es bestellt Jemand einem Andern ein Zehnt- oder Zinsrecht an seinem Gute, oder — der bekannte Hauptfall — er verkauft eine Rente ab seiner Liegenschaft. Würde dadurch eine Obligation zwischen dem Inhaber des belasteten Grundstücks und dem Berechtigten bezweckt und hergestellt, so müsste die Zahlungspflicht durch Wadiation, fides per festucam facta, formelles Gelöbnis begründet werden; das geschieht aber nicht, sondern der Inhaber des zu belastenden Grundstückes vollzieht das sachenrechtliche Geschäft der Tradition und der Auflassung der Reallastberechtigung an den Erwerber[7]. Gegenstand der Tradition und der Auflassung ist nicht das Grundstück, sondern die vom Eigenthümer darauf gelegte Steuerlast, die nun gleich einer Sache an den Berechtigten übertragen wird.

Ebenso findet umgekehrt in diesen Fällen, wenn der Reallastberechtigte sein Recht zu Gunsten des Steuerpflichtigen aufgeben, also das Gut wieder frei machen will, kein obligationenrechtlicher Akt statt, etwa ein einfacher Verzicht unter Empfang des Verzichtpfennigs (oben S 82), sondern eine förmliche Auflassung der Berechtigung seitens des Eigenthümers derselben an den Eigenthümer des belasteten Grundstückes; das Reallastrecht wird dem letzteren wieder zurücktradiert und aufgelassen, und so das Gut entlastet[8].

Der Reallastberechtigte vollzieht somit ein durchaus gleiches Rechtsgeschäft, wenn er die Berechtigung an einen Dritten überträgt und auflässt, oder wenn er sie zu Handen des Verpflichteten behufs Freimachung des belasteten Grundstücks aufgiebt, und ebenso erfolgt der Erwerb durch dasselbe Rechtsgeschäft, gleichviel ob er aus einer Bestellung der Reallast seitens des Inhabers des belasteten Gutes hervorgeht oder durch eine Veräusserung seitens des Berechtigten bewirkt wird. Das erklärt sich nur daraus, dass der Bestellung einer

[7] Beispielsweise Arnold, Zur Gesch. des Eigentums S 446: zu dieseme kaufe hant die vorgen. den herren von sanct Martine verczis und ufsale getan mit halme und mit handen. Vgl. auch Stobbe, Z f. DR XIX 186, wo viele Beispiele. Ebenso NR. UB. III Nr 16: (Nos parochiani) conferimus dominis duas potestates militares in nostram communitatem perpetuo jure possidendas et habendas, renunciantes omni juri.

[8] So NR. UB. III Nr 10: W. comes de Monte et J. eius uxor magistram et conventum in Greuerode ab omnibus petitionibus autumpnalibus, avena pabulari et exactionibus quibuscunque de bonis suis omnibus et singulis liberas dimittimus, renunciantes et effestucantes de predictis petitionibus. So auch in der von Gobbers, Die Erbleihe, in Z der Sav.-Stiftung germ. Abth. IV 185 angeführten Kölner Urkunde, wo der Rentenberechtigte dem Pflichtigen das Rentenrecht zurücktradiert (tradiderunt et remiserunt).

Reallast jedes obligatorische Moment fremd ist und der Eigenthümer einer Liegenschaft kraft seines Eigenthumsrechtes eine Berechtigung zu Abgabenerhebung auf seinem Gute veräussert.

§ 71. 2. Arten der Reallasten.

Es würde hier zu weit führen, wenn eine auch nur annähernd erschöpfende Aufzählung aller im Mittelalter vorkommenden Reallasten nach den verschiedenen Herrschaftsverhältnissen, die solche erzeugt haben, sollte gegeben werden; es wäre auch zwecklos, da juristische Unterschiede nicht vorliegen. Für das Rechtssystem sind Grundabgaben aller Art gleichwerthig, mögen sie Vogteizinse, Erblehenzinse u. s. w. sein. Doch lassen sich vier Hauptarten aufstellen, mehr auf Grund von äusserlichen als von juristischen Verschiedenheiten: der Zehnt, der Grundzins, die Frohnden (Dienste) und die Rente oder Gült. Bei Betrachtung derselben wird sich auch die Richtigkeit der im obigen entwickelten Theorie erproben lassen.

1. Der Zehnt, zumal in seiner Haupterscheinung als kirchlicher Zehnt, bringt den im Vorhergehenden aufgestellten juristischen Charakter der Reallast am klarsten zum Ausdrucke, er ist die den eben betrachteten Rechtsamen, wie Gerichtsbarkeit, Vogteirecht u. s. w., am nächsten kommende Form: reine Grundsteuerbelastung, hervorgegangen aus staatlichem Hoheitsrecht und auf alles Kulturland gelegt; der Kirche ist durch die Capitularien ein allgemeines Besteuerungsrecht alles bebauten Grundes und Bodens eingeräumt. Da ist nichts von einer Gewere oder von dinglichem Rechte des Zehntberechtigten an den belasteten Grundstücken zu finden, das Zehntrecht selbst als Grundsteuerherrlichkeit ist Besitz und Eigenthumsobject für sich und wird als solches veräussert, zu Lehn gegeben, zu Leibzucht oder zu Satzung bestellt. Und andrerseits kommt der Gegensatz zum obligatorischen Forderungsrechte ungetrübter und deutlicher als bei Zinsen und Frohnden dadurch zu Tage, dass alle rechtsgeschäftliche Beziehung zwischen Zehntherrn und Pflichtigem mangelt und dass man, um ein obligatorisches Moment zu erhalten, schon zu dem an sich nicht unbedenklichen Begriff einer obligatio ex lege greifen muss.

Es ist also das Zehntrecht eine Grundsteuerberechtigung, kraft deren der Zehntherr aus den ihr unterworfenen Grundstücken den zehnten Theil der Früchte erhebt, welche aus der Bewirthschaftung derselben gewonnen werden. Für die rechtliche Natur des Zehntrechtes ist es gleichgiltig, ob es in grösserem oder in kleinerem Umfange darf ausgeübt werden. Man unterscheidet nämlich in dieser Hinsicht:

a. Decima universalis und particularis, je nachdem sich das Zehntrecht über eine ganze Feldflur erstreckt oder blos einzelne Grundstücke belastet. Im ersten Falle ist die Präsumtion für die Zehntpflicht der ganzen Gegend, und das hat die Wirkung, dass wenn Land, welches bisher nicht Culturland war, durch Rodung ertragsfähig gemacht wird, es auch ohne weiteres zehntpflichtig und dem Neurod- oder Novalzehnt, decima novalis, unterworfen wird.

b. Decima generalis und specialis, je nach dem Umfange der Früchte, welche unter den Zehnt fallen; der generelle Zehnt wird von allen, der specielle blos von bestimmten Früchten bezogen.

c. Decima praedialis und decima carnium, Feld- und Blut- oder Fleischzehnt (auch lebendiger Zehnt), je nach der Art der Zehnten, jener in Feldfrüchten, hauptsächlich Korn und Wein, dieser in Thieren und Thierproducten (Eier, Milch) bestehend.

d. Grosser und kleiner Zehnt, in Bezug auf Feldfrüchte unterschieden, jener von Korn und Wein, dieser von Baum- und Gartenfrüchten, Obst, Gemüse u. s. w. erhoben.

Diese Unterscheidungen bringen allerdings auch gewisse besondere rechtliche Wirkungen mit sich, wie z. B. dass bei decima specialis die Cultur der Grundstücke nur mit Consens des Zehntherrn darf geändert werden, bei Blutzehnt der bestimmte Bezugstermin, der bei Feldfrüchten durch die Ernte gegeben ist, nicht genau kann eingehalten werden, sondern von einem Jahre zum andern übergezählt wird, bis die zehn Stücke voll sind. Aber auf diese Einzelheiten kann ich hier nicht näher eintreten.

2. Wie der Zehnt eine auf den Fruchtertrag der Güter gelegte Grundsteuer ist, so sind die Frohnden oder Dienste die von der Arbeitskraft der Güter erhobenen Grundsteuern. Der Umfang des Rechtes entspricht daher jeweilen der Leistungsfähigkeit, die das Gut vermöge seines Inventars aufweist. Von Bauergütern, die zu ihrer eigenen Bewirthschaftung Wagen und Gespann nöthig haben, werden Spanndienste nach Maassgabe des auf ihnen vorfindlichen Inventars erhoben, während kleinere Hofstellen ohne wichtigen landwirthschaftlichen Betrieb, und so auch städtische Liegenschaften der Handwerker, nur Handdienste zu liefern haben, wie z. B. die Häuser in Basel dem Bischof oder dem Kloster, von dem sie herrührten, einen Schnitter, den sog. Achtschnitter, für die Ernte auf der âhte, dem herrschaftlichen Lande, stellen mussten. Immer aber ist die Liegenschaft damit belastet, wie es denn auch heisst: de qua domo dantur duae librae pro censu et unus messor tempore messis u. dgl.

3. Der Grundzins, census, ist eine auf Grund und Boden gelegte und aus Grund und Boden erhobene, ein für allemal auf ein bestimmtes Quantum von Bodenfrüchten, später auf einen fixen Geldbetrag gestellte Abgabe. Immer und überall wo ein solcher Zins auf Eigen des Zinspflichtigen gelegt ist, der Zinsherr also kein dingliches Recht am Gute hat, trägt das Zinsrecht nach allen Seiten, sowohl nach aussen gegenüber dritten Personen, als nach innen gegenüber dem Zinsbelasteten selber den reinen Reallastcharakter, wie er im Vorstehenden ermittelt ist, und ist von einer Gewere und einem dinglichen Rechte des Zinsherrn am Gute selbst kraft seines Zinsrechtes keine Rede, so wenig wie bei dem Zehnt. Vollends wo der Eigenthümer bei Verpachtung eines ihm gehörenden Gutes sich ein Zinsrecht am Gute constituiert, ist nicht denkbar, dass neben dem Eigenthum und der eigenlichen Gewere noch ein dingliches Recht und eine Gewere an dem Gute selbst aus der Zinsberechtigung entspränge. Man darf sich daran nicht irre machen lassen durch den ebenso richtigen Satz, dass, wer den Zins aus einem Gute nimmt, die Gewere an demselben hat (Sächs. Lehnr. 14 § 1). Denn damit ist ja nicht gesagt, dass das Zinsrecht sich in einer Gewere am Gute äussere und sich nur durch eine solche realisieren könne, sondern das Umgekehrte, dass die Gewere am Gute und das durch sie thatsächlich geübte Recht am Gute sich in der Nutzung, dem Zinsbezuge, der Ausübung des Zinsrechtes äussere. Der Zins, den der Eigenthümer bezieht, ist das Kennzeichen seiner eigenlichen Gewere in allen den Fällen, wo diese Gewere in Frage kommt; wann und wie dies der Fall ist, wird im Sachenrechte bei der Lehre von der Gewere festzustellen sein. Es folgt daraus, dass wenn dem Zinsherrn von einem Dritten sein Zinsrecht bestritten wird, dies gleichbedeutend ist mit einem Angriffe auf sein Eigenthum am Gute selbst, und daher der Prozess in einen Eigenthumsstreit über das Gut ausläuft. Wo aber der Gutsherr sein Zinsrecht gegen den Zinspflichtigen geltend zu machen veranlasst ist, bleibt alles dingliche Recht am Gute ausser Spiel und handelt es sich nur um das Recht am Zinse selbst, der Gutsherr klagt nicht aus seinem Eigenthumsrechte am Gute, sondern aus seinem Eigenthum an der Zinsberechtigung auf Anerkennung desselben bez. Zahlung verfallener Prästationen. Immer wo im Verhältnis zwischen Gutseigenthümer und Zinsmann das Zinsrecht, die Zinspflicht für sich allein in Frage steht, ohne dass das Eigenthum des Gutsherrn in Zweifel gezogen wäre, kommen die oben für die Reallasten entwickelten Grundsätze zur Anwendung: der Zinsherr klagt sein Zinsrecht ein, das er ja immerhin aus seinem

Eigenthumsrechte begründen mag, aber nicht dieses letztere, wie überhaupt kein dingliches Recht am Grundstück, ist Gegenstand der Klage.

4. Der Grundzins entspricht durchschnittlich der natürlichen Ertragsfähigkeit des Bodens, seine Höhe ist nach dieser berechnet. Wenn der Zinsmann das Gut durch seine Thätigkeit verbessert und auf einen höheren Ertrag bringt, so kommt der Mehrwerth ihm ausschliesslich zu Gute, denn selten hat sich der Gutsherr Erhöhung des Zinses vorbehalten, und ohne solchen Vorbehalt ist er an den alten Zins gebunden, zumal bei der Erbleihe, wo das Gut für den einmal festgesetzten Zins perpetuo possidendum verliehen ist. Eine Verbesserung und Wertherhöhung der Erbleihegüter trat in besonders auffallender und rascher Weise sehr allgemein in den Städten ein, zumal seitdem das Handwerk frei geworden war. Betrachten wir die Grundbesitzverhältnisse einer Stadt bis in das 12. Jahrhundert, so ist der Kern der Stadt, stark parcelliert und nur selten (z. B. etwa in Köln) noch grössere Gutscomplexe aufweisend, im Eigenthum der verschiedenartigsten Berechtigten: des Bischofs, des Königs, des Klosters oder des sonstigen Stadtherrn, dann von kirchlichen Anstalten und von altfreien Familien. Aber dieser Stadttheil ist an Umfang weit überflügelt von den rings um ihn neu entstandenen Ansiedelungen, worunter auch wieder Klöster und Stifter mit dem Löwenantheile hervortreten. Wurde solch ein Kloster neu gegründet, so erhielt es aus der vor der Stadt liegenden Almend einen oft höchst ansehnlichen Bezirk von dem Stadtherrn und der Bürgerschaft zugewiesen, und war dann erst das Kloster mit diesem seinem Grundbesitze durch ein Hinausschieben von Mauer und Graben in den Stadtrayon aufgenommen und dadurch Raum für die vom flachen Lande in den Schutz der Befestigung strömende Menge geschaffen, so begann nun seitens der Klöster, was wir in unseren Tagen bei rasch anwachsenden Städten durch Bauspeculanten haben ausführen sehen: die Klöster parcellierten ihren Grundbesitz in lauter Bauplätze, areae, längs der bisherigen Feldwege der Almend, und gaben diese Bauplätze den in der Stadt sich ansiedelnden Handwerkern zu Erbzinsrecht aus. Und dass das gleiche Verfahren in neu gegründeten fürstlichen Städten stattfand, zeigt uns das Beispiel von Freiburg im Breisgau und anderer zäringischer, wie das der westfälischen und der nach ihrem Muster eingerichteten Städte (Lübeck u. a.). Diese Bauplätze waren bei verhältnismässig starker Tiefe sehr schmal, wir erkennen sie jetzt noch in alten Strassen an den in gleicher Breite von oft nicht mehr als 10 bis 12 Fuss sich an einander reihenden Häuschen. Der Grundzins war darum auch ausnehmend gering — denn was repräsentierte ein solcher Platz für

eine Fruchtertragsfähigkeit? —; auf dieser area errichtete der Zinsmann seine Baracke, anfangs dürftig genug aus Holz, mit dem Gedeihen seines Handwerksberufs konnte er Verbesserungen anbringen, das Haus erhielt einen steinernen Unterbau, neue Stockwerke wurden aufgesetzt, zuerst in Holz und Riegelwand, im Laufe der Zeit wurden auch diese durch eine steinerne Mauer ersetzt. Das war alles melioratio, Ueberbesserung[1] des Bauplatzes, und sie gehörte dem Zinsmanne, d. h. auf den Nutzen, den er daraus zog, hatte der Grundherr keinen Anspruch. So konnte die Ansicht aufkommen, dass diese Ueberbesserung selber wieder einen Zins auf sich nehmen könne. Das Capital, das der Handwerker zur Erweiterung seines Geschäfts, zum Ausbau seines Hauses brauchte, vermochte er sich nun gegen Belastung seiner melioratio mit einem entsprechenden Zinse zu verschaffen. Aber wie die Rechtsentwicklung nicht in Sprüngen geht, so vollzieht sich auch hier die Neuerung langsam in möglichstem Anschlusse an das Bestehende. Zunächst wird der Zweck durch Begründung einer Afterleihe erreicht: der Zinsmann lässt den Capitalisten, der ihm das Geld giebt, vom Zinsherrn (Eigenthümer) selbst als Erbzinsmann annehmen und wird dann Afterleiher[2]. Oder der Zinsherr wird selber veranlasst, das Capital zu schiessen und dafür einen zweiten Zins zu constituieren[3]. Bald darauf wird schlechtweg von dem Hause ein Zins an einen Dritten verkauft blos unter Consens des Zinsherrn, und schliesslich ist auch dieser Consens weggefallen und wird blos der Eigenthumszins vorbehalten. So entsteht das Institut des sog. Rentenkaufes, das wirthschaftliche Mittelglied zwischen der Erbleihe und dem zinsbaren Darlehn mit Hypothek. Von den Städten dehnt es sich bald auch auf das flache Land aus und wird das allgemein angewandte Mittel für Capitalanlagen. Solchergestalt neu errichtete Abgaben heissen nicht census, Zinsen, sondern redditus annui, Rente, Gelt, woraus

[1] Uebertürung in Mon. Bo. X 495 Nr 47.

[2] Beispiele bei Arnold, Zur Gesch. des Eig. S 107 u. Urk. v. 1290 das. S 369. Mone, Ztsch. I 363. Hess. Urk. (Baur) I Nr 140. Ueberreste solcher Verhältnisse sind, wenn später Jemand Zins nebst Ehrschatz und Weisung als Rente weiter verkauft, z. B. Arnold S 454. 468: redditus annuos duarum librarum den. Bas. nomine census, duorum circulorum panis nomine revisorii et quinque solidorum den. nomine onerarii, quos redditus habebat de et super domo, cuius domus proprietas ad monasterium s. Leonhardi dicitur pertinere, vendidit tradidit et assignavit. Der Verkäufer war hier offenbar auf dem Wege der Erbleihe Renteninhaber geworden. Gleiche Entwicklung im Anschluss an den Weichbildzins in Lübeck u. s. f. Pauli, Die Wieboldsrenten; Stobbe, Zur Gesch. des Rentenkaufs, in Z f. DR XIX 182 f.

[3] v. Wyss, Abtei Zürich UB. Nr 273. Heusler, Verfassungsgeschichte von Basel S 172 Anm.

Gült geworden ist, d. h. Ersatz; denn was wir jetzt Geld nennen, dafür sagte das Mittelalter Pfennige, daher die Rente Korn- oder Weingelt oder Pfenniggelt heisst, je nachdem sie in Naturalfrüchten oder in Geld entrichtet wird.

Man darf die früher beliebte Ansicht, als ob der Rentenkauf behufs Umgehung des kanonischen Zinsverbotes aufgebracht worden sei, heutzutage wohl als beseitigt betrachten. Ein plumpes Mittel, durch das sich der Gesetzgeber, der das Zinsverbot aufgestellt hatte und streng bewachte, doch schwer hätte täuschen lassen, wäre es von vorneherein gewesen. Es beruht jene Ansicht auch auf einer Verkennung der wirthschaftlichen Bedeutung und Aufgabe des Rentenkaufes: nicht um ein Darlehn handelt es sich, bei dem doch immer der Personalcredit und die persönliche Verpflichtung des Empfängers im Vordergrund steht, sondern um eine Beleihung der melioratio der Liegenschaft und Bezug einer Abgabe aus derselben. Man wird dem Verhältnisse nicht gerecht, wenn man es rückwärts aus unserem hypothecierten Darlehn zu erklären sucht, denn ursprünglich ist ihm jede persönliche Beziehung fremd und erscheint es als rein dingliche Belastung. Die wirthschaftliche Bedeutung, über die sich bei Arnold manches Beachtenswerthe findet, kann uns hier nicht näher beschäftigen, wir wenden uns zu der juristischen Seite.

Der Ausdruck Rentenkauf, so allgemein er gebraucht wird, ist dennoch zu eng, weil Renten auch in Folge Schenkung, Morgengabe, Erbtheilung und einer Menge anderer Rechtsgeschäfte konnten bestellt werden. Es ist gut sich das gegenwärtig zu halten, um desto nachdrücklicher das allen diesen Fällen Gemeinschaftliche, was eigentlich die Reallastberechtigung herstellt, zu erkennen: die Tradition und die Auflassung des Rentenrechtes seitens des Rentenpflichtigen an den Berechtigten. Auf Grund des Kaufs, der Schenkung u. s. w. wird das Rentenrecht tradiert und aufgelassen[4], und zwar wo für die Eigenthumsübertragung von Immobilien gerichtliche Fertigung erforderlich ist, ebenfalls durch solche.

Gemäss den für alle Reallasten geltenden Grundsätzen erhält der Rentenberechtigte durch die Bestellung der Rente keine Gewere und

---

[4] Beispiele schon oben S 350 Anm 7. Was Gobbers, Die Erbleihe und ihr Verhältnis zum Rentenkauf, in Z der Sav.-Stiftung german. Abth. IV 184 gegen die Construction des Geschäfts als Kaufes einwendet, ist falsch, weil nicht eine „fortlaufende Rentenberechtigung, die noch gar nicht existiert," sondern ein durch den Willen des Liegenschaftseigenthümers eben begründetes Steuerrecht (Rentenrecht) verkauft und in das Eigenthum des Erwerbers übertragen wird, gleich einer unbeweglichen Sache.

kein dingliches Recht am belasteten Gute, wohl aber Gewere und Eigenthum an dem Rentenrecht selbst, welches er gleich liegendem Gut veräussert, verpfändet, zu Leibzucht, zu Morgengabe, zu Lehn giebt u. s. w. Dass solche Veräusserung, Verpfändung u. dergl. durchaus in den Formen vor sich gehen muss, welche bei Liegenschaften vorgeschrieben sind, also regelmässig in der Form der gerichtlichen Fertigung, bedarf ebenfalls keines Beweises mehr[5]. Nur ein Umstand ist zu erwähnen, der Bedenken dagegen zu erwecken geeignet scheinen könnte. Es sind nämlich schon sehr früh, gleich nach Aufkommen des Rentenkaufes, die über solche Geschäfte ausgestellten Rentenbriefe als Inhaberpapiere abgefasst worden[6]. Man möchte vielleicht daraus schliessen, dass der Rentenberechtigte durch einfache Hingabe des Briefes das Rentenrecht selbst vollgiltig habe veräussern können, die Uebergabe des Papiers also den Uebergang des Eigenthums am Rentenrechte bewirkt habe. Das ist doch nicht der Fall gewesen. Schon die Ausstellung des Rentenbriefs als Inhaberpapiers enthebt den Rentenverkäufer, den Constituenten der Rente, nicht der Verpflichtung, die Rente an den Berechtigten aufzulassen: es wird jeweilen zu kaufen gegeben dem N. N. und einer jeden Person, so diesen Brief mit seinem Willen inne haben wird, und dennoch an den N. N. vor Gericht gefertigt nach Liegenschaftsrecht[7]. Ebenso muss auch der Inhaber des Papiers, wenn er die Rente tradieren will, eine Auflassung vornehmen: übergiebt er seinem Contrahenten nur den Brief, so ist dieser nicht gegen spätere Anfechtung der Erben des Veräusserers geschützt. Die Ausstellung des Rentenbriefes als eines Inhaberpapieres hat somit lediglich die Bedeutung, den jeweiligen Inhaber gegenüber dem Rentenpflichtigen zum Bezug der Rente zu legitimieren.

Den wirthschaftlichen Zuständen, welchen das Rentengeschäft seine Entstehung verdankte, entsprach es durchaus, dass die Rente beiderseits unkündbar war. Aber schon früh wird dem Inhaber des belasteten Grundstückes die Vergünstigung eingeräumt, die Rente wieder mit dem empfangenen Capital ablösen zu dürfen. Dass es anfangs als etwas Anomales erschien, zeigt die Formel: der Käufer habe dem Verkäufer die Gnade des Wiederkaufs gethan. In weiterer Folge kam dann auch seitens des Rentenkäufers der Vorbehalt der

---

[5] Vgl. übrigens Beispiele bei Arnold a. a. O. S 454. 468. Stobbe a. a. O. S 198. Mon. Bo. XXXVIII Nr 31. 168.

[6] Swer den brief inne hat, dem sol man die gult antwurten. Viele Beispiele bei Duncker, Ueber Papiere auf den Inhaber, in Z f. DR V 32 f.

[7] Vgl. z. B. das Formular bei Hug, Rethorica und Formulare, fol. CXC ff.

Aufkündigung dazu. An dem rechtlichen Wesen der Rente als einer Reallast hat das selbstverständlich nichts geändert.

Aber im späteren Mittelalter ist mit der Rente eine wichtige Veränderung vor sich gegangen. Es knüpft sich dieselbe daran, dass subsidiär auch noch andere Liegenschaften für die Rentenzahlung behaftet werden. Daraus ergiebt sich eine neue Form der Rente, die neuere Gült, welche leicht und ungezwungen in das moderne hypothecierte Darlehn ausläuft. Da das durch eine Verbindung des Renteninstituts mit der Satzung (Pfandrecht) zu Stande gekommen ist, so muss die Darstellung hier abgebrochen werden, um bei der Satzung ihre Wiederaufnahme zu finden.

§ 72. III. Hauptsache und Zubehörde.

Man kann sich Sachen als Zubehörden von Fahrnis und von Liegenschaften denken. Ein Schrankschlüssel ist so gut Zubehörde des Schrankes wie der Hausschlüssel Zubehörde des Hauses. Immerhin sind bei Fahrnis die Pertinenzfälle seltener, und wo sie vorhanden sind, so unzweideutig durch die Natur der Sache gegeben, dass das Recht kaum Veranlassung hat, darüber Bestimmungen aufzustellen. Anders bei den Zubehörden von Liegenschaften.

Fasst man den Begriff der Liegenschaft schlechtweg in seinem natürlichen Sinne von unbeweglichem Gute, so wird man als Zubehörde einer solchen diejenigen Gegenstände annehmen, welche durch feste Verbindung mit ihr der Unbeweglichkeit theilhaftig geworden sind. In diesem Sinne spricht das deutsche Recht dann, wenn das Immobile ein Gebäude ist, denjenigen mit ihm verbundenen Fahrnisgegenständen die Pertinenzqualität zu, welche erd- (mauer-), niet- und nagelfest sind. Dieses sinnlich concrete Merkmal steht in erster Linie: we en hus vorkoft, sagen die Goslarer Statuten (26, 23), wat dar ane is ertvast unde neghelvast, dat hört dar to. Aber das reichte nicht aus. Wir haben gesehen, dass ein specifisch juristisches Merkmal der Liegenschaft in ihrer Qualität als besonderer vestitura besteht, und dass daher zu den Immobilien auch solche Gegenstände gezählt werden, welche, obschon an sich beweglich, doch mit dem liegenden Gute die Eigenschaft theilen, dass sie als eine für sich bestehende vestitura erscheinen. Vestitura in vollem Sinne ist aber ein Gut nur, wenn es einen Nutzen abwirft, denn das Kennzeichen der Gewere eines Gutes ist die Nutzung. Darum gehört zur vestitura eines Gutes und nimmt also an dessen unbeweglicher Natur Theil alles dasjenige, was zwar frei beweglich auf der Liegenschaft sich befindet, aber zu der dem Zwecke der betreffen-

den Liegenschaft entsprechenden Nutzung nothwendig ist, alle Sachen also, ohne welche die Hauptsache nicht ihrer Bestimmung gemäss zu gebrauchen wäre. So tritt neben das natürlich-concrete Merkmal der Niet- und Nagelfestigkeit das weitere der Zweckbestimmung: Zubehörde ist ausserdem, was zum wesentlichen Bestande der Liegenschaft gehört, mag es auch durchaus mobil auf derselben existieren. Der Begriff der Zubehörde bestimmt sich also in jedem einzelnen Falle nach dem Zwecke der Liegenschaft: ein Haus, das zum Betriebe eines bestimmten Berufes oder Gewerbes eingerichtet ist, ergreift als Zubehörde eine Reihe von Gegenständen, welche in einem gewöhnlichen Hause nicht als dessen Zubehörde gelten würden. So heisst es etwa: min briuhus (Brauhaus) und swaz zu demselben gehört, besuchts und unbesuchts, swie ez gehaizzen ist, und botgun und chezzel und allez daz geschirre daz zu dem briuhus gehört; oder: zway kursengadem (Kürschnerwerkstätten) und was darzu gehört, keler und hewser ob erd und under erd, von vornen an der strass biss hinab uff den graben, besuchtem und unbesuchtem [1].

Besonders bemerkenswerth ist folgende Specialität: Trotten gelten in weinbauenden Gebieten als Zubehörde von Häusern, die auf landwirthschaftlichen Grundstücken mit Weinbergen stehen; dagegen konnte die Pertinenzqualität einer Trotte fraglich werden bei einem Hause in der Stadt, weil hier die Zweckbestimmung des Hauses zur Bewirthschaftung des Weinberges fehlte; daher fand jener Züricher Bürger, der sein Haus auf dem Münsterhofe veräusserte, für gut, ausdrücklich zu erklären: quia quidam dubitare videbantur, utrum in donatione (domus mee in dem Münsterhove) torcular in ipsa domo existens deberet vel posset comprehendi, ego profiteor me dictum torcular cum vasis vinariis que in domo mea sunt, prefatis religiosis contulisse [2].

Es ist schon hier die Anschauung vollständig ausgebildet, welche in dem modernen französischen Rechte den Begriff der immeubles par destination geschaffen hat und überhaupt die Behandlung der Zubehörden von Gebäuden im heutigen Rechte beherrscht.

Nicht minder bewährt sich dieser Gesichtspunkt bei landwirthschaftlichen Grundstücken.

Freilich der Satz von Renaud [3], dass „alle Fahrnis, die innerhalb einer Gewere zu stehen kam, ihm (dem Inhaber der Gewere) als Zu-

---

[1] UB. Augsburg I Nr 271. 278. Man sehe auch die besonders ausführliche Aufzählung desjenigen, was bei Verkauf von Häusern als Zubehörde mitverkauft gilt, im Bamberger Stadtrecht § 56 (Zöpfl S 19).

[2] v. Wyss, Abtei Zürich Urk. Nr 241.

[3] Deutsches Privatrecht I 435.

behör des Grundstückes gehörte", ist juristisch gerade so falsch wie sprachlich schlecht. Es kann gar keine Rede davon sein, dass alle auch nur momentan auf einem Gute befindliche Fahrnis als dessen Zubehörde gegolten hätte. Dagegen ist nicht zu beanstanden, dass das zur Bewirthschaftung des Gutes nothwendige Inventar Pertinenzqualität gehabt hat. Es liegt das schon darin ausgesprochen, dass dieses Inventar, vorab die Gebäulichkeiten, die ja da, wo sie für sich selbständig in Betracht kommen, Fahrnis sind, sodann der Viehstand, die unfreie Dienerschaft, die Wirthschaftsgeräthe, gerade selber vestitura praedii heissen, der mansus als mit ihnen vestiert angegeben wird; der mansus vestitus umfasst alles, was die vollständige Ausübung der Herrschaft und der Nutzung des Gutes bedingt[4]. Es wird denn auch dieser gesammte Besatz eines Gutes durchaus regelmässig als Pertinenz bei Veräusserung aufgeführt, gemäss der stehenden Formel: trado res proprietatis mee cum omnibus juste et legitime ibidem aspicientibus (oder attinentibus oder pertinentibus), domibus, edificiis, mancipiis utriusque sexus, peculiis, pecoribus, utensilibus et omni suppellectili, oder noch significanter: trado quicquid in prefato loco habeo cum edificiis .... et omni suppellectili sicut eodem die vestitus sum, d. h. eben mit Allem, was zum wesentlichen Bestande meiner vestitura gehört, was die integritas[5] des Gutes bildet.

In diesem Zusammenhange erhalten gewisse parömische Formeln mancher Weisthümer, welche man oft als phantastische Ausdrucksweise ohne tieferes juristisches Princip hinzunehmen und sofort wieder bei Seite zu legen pflegt, ihre richtige Würdigung. Es wird oft gesagt, Häuser seien fahrendes Gut gegenüber den Freunden, liegendes Gut gegenüber dem Herrn[6]. Und ebenso, oft im Anschlusse daran, das zur Gutsbewirthschaftung nothwendige Mobiliar: „man sol auch wüssen",

---

[4] Hist. Frising. Nr 361: beneficium cum tali vestitura; Nr 408: hereditas cum omni vestitura; Nr. 692: curtilem cum omni vestitura sicut ad sedem pertinere dinoscitur; Nr 782: molendinum cum omni vestitura sicut ad sedem pertinere dinoscitur. C. d. Fuld. Nr 59: dono Hruodnandum cum duabus vineis et cum omni vestitu suo sicut vestitus est. Cart. de St. Victor de Marseille I Nr 598: Dono vobis de proprietate mea meam medietatem de fundum possessionis, de vestitum et de hermo, et in antea de quantum vestitum erit unam medietatem habeas, illa que ego debeo habere; et Bonaldus debet ista terra vestire et edificare. Cart. de l'abb. de Savigny I Nr 916: si mansi medietas vestita fuerit, et alia medietas deserta. Vgl. unten § 110 Anm 14.

[5] S. oben S 265 Anm 5. MR. UB. I Nr 367: curtem cum omni eiusdem ville integritate tradidit.

[6] Grimm, Weisth. I 45 § 10, I 13 f. § 27 u. 29.

sagt die Offnung von Bintzikon[7], „was nach der dingstatt recht zu ligendem gut hören sol, harnesch, wegen, karen, hüser und alle ungeschliffnen waffen.“ Es ist damit eine allgemein giltige, dem Landrecht durchaus ebenso wie dem Hofrechte geläufige und z. B. im Ssp einlässlich behandelte Anschauung ausgesprochen: Gebäude und Wirthschaftsinventar sind an sich beweglich und daher der freien Verfügung desjenigen, welcher die Gewere des Gutes hat, anheim gegeben, ohne dass er durch Erbeneinspruch gehindert wäre. Daher giebt der Ehemann seiner Frau zu Morgengabe ohne Erbenconsens „tünete unde timber“, d. h. ein Haus mit dem Zaun dazu, und die Frau darf es nach des Mannes Tode abbrechen; so verfügt die Witwe, die auf Leibzuchtsgute sitzt, über das darauf stehende Gebäude nach Belieben, sie kann es wegnehmen und auf ihr Eigen setzen[8]. In diesem Sinne ist gesagt: Häuser sind Fahrnis gegenüber Freunden, d. h. der Gewereinhaber verfügt darüber ohne Erbenlaub. Aber die Häuser sind auch zugleich Pertinenz der Liegenschaft und gehören also demjenigen, der die Gewere des Gutes hat: sofort mit dem Tode der Leibzüchterin ist das der Erbe des vorverstorbenen Ehemannes, und ihm gehören also von diesem Augenblicke an alle auf Leibzuchtsgut stehenden Gebäude, selbst die von der Leibzüchterin errichteten, und die Erben der Frau haben keinen Anspruch darauf[9]; bei strenger Wahrung dieses Princips (des Angehörens der Gebäude an den Inhaber der Gewere des Guts) wäre eine Morgengabe an Gebäuden unmöglich, weil mit dem Momente, da sie in Kraft treten sollte, auch schon die Erben des Mannes kraft ihrer Gewere sie verhindern könnten; da ist der Frau die Vergünstigung gewährt, binnen sechs Wochen nach dem Dreissigsten das Haus abzubrechen; während dieser kurzen Frist soll die Gewere der Erben noch unwirksam sein[10]. In gleichem Sinne heisst es nun eben: Häuser sind liegendes Gut gegenüber dem Herrn; der Herr darf den Fall, den er auf dem Mobiliar des Bauern nimmt, nicht auch auf den Gebäuden nehmen, weil diese zur Vestitur des Hofes gehören, Pertinenz des Hofes sind und dem Inhaber der Gewere des Hofes nicht dürfen entzogen werden[11]. Ferner: der Herr darf sein Pfändungsrecht nicht an diesen Pertinenzstücken ausüben, sondern blos an der für sich

[7] Schauberg, Zeitschrift f. ungedr. schweiz. RQ I 47 Art. 31 ff. Ebenso Grimm, Weisth. I 13 f. § 27. 29.

[8] Ssp I 20 § 1 u. 2, III 38 § 4 (Ausnahme bei Ehescheidung III 74).

[9] Ssp II 21 § 3.

[10] Ssp I 20 § 2.

[11] Und dasselbe gilt von den zur Bewirthschaftung des Gutes nöthigen beweglichen Sachen, gemäss Grimm, Weisth. I 13 f. § 27. 29.

selbständig bestehenden Fahrnis: „er sol den zins suchen nüt uf hüsern noch uf anderm plunder, das zu ligendem gut gehört“ [12].

Ausser dem eigentlichen Gutsbeschlage wird nun aber überhaupt Alles, was den Bestand eines Gutes ausmacht, als dessen Zubehörde bezeichnet, so auch regelmässig campi, agri, prata als pertinentia curtis: insofern richtig, als diese in den drei Zelgen der Feldgemeinschaft liegenden Acker- und Wiesenstücke, jedes einzeln für sich genommen, dem Hofe als Ganzem unentbehrlich sind. Wir würden immerhin hier lieber von Theil statt von Pertinenz reden, weil der letztere Ausdruck doch ganz zutreffend nur auf Mobilien passt. Aber die alte Rechtssprache bezeichnet mit Theil nur Quoten des Ganzen, nicht bestimmte einzelne Stücke, und solche mussten daher nothwendig unter den Begriff der Pertinenz gestellt werden, daher auch Liegenschaften Pertinenznatur erhalten konnten, und eben hier die einzelnen Ackerstreifen, welche doch in ihrer Gesammtheit erst die Hufe ausmachen, Zubehörde genannt werden, wo uns „Theil“ richtiger schiene [13].

Um so zutreffender schliesst dann aber die Aufzählung der Pertinenzstücke eines Gutes mit den marchis, viis, silvis, silvaticis, pascuis, aquis aquarumque decursibus, usibus saltuum communium ad easdem pertinentibus ab [14]. Wir erinnern uns, wie ursprünglich innerhalb der integritas einer Mark alle Bestandtheile derselben in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnisse zu einander standen; immerhin war in diesem Organismus der vorzugsweise dienende Theil die Almend, sie war der Nutzung seitens des Sondereigens bestimmt gemäss dem Satze, dass die Güter von der Almend ihre Nothdurft

---

[12] Grimm, Weisth. I 14 § 30.

[13] Im späteren Rechte spielt die sog. Reunion der Pertinenzen eine grosse Rolle. Es ist damit der Satz gemeint, dass abgetrennte und veräusserte Stücke eines Hofes behufs Wiederherstellung des alten Bestandes des Bauergutes auf dem Wege der Vindication oder der Reluition wieder mit demselben können vereinigt werden. Die heute herrschende Meinung ist, dass im Grunde fälschlich von Pertinenzen hier gesprochen werde; aber nach altdeutscher Auffassung war der Ausdruck richtig, weil es sich um Sachen handelte, die ihrer selbständigen Existenz wegen nicht als Theil der Hauptsache galten, aber doch zum Bestande der Vollhufe nothwendig gehörten.

[14] Nur ein Beispiel aus tausenden: UB. Strassburg I Nr 33: hobas octo et quicquid ad easdem hobas jure legitimeque pertinere videtur, id est ecclesia ibidem constructa cum curtibus et casis ceterisque edificiis, cum mancipiis, campis, agris, pratis, pascuis, silvis, aquis aquarumque decursibus, molendinis, piscationibus, viis et inviis, exitibus et reditibus, mobilibus et immobilibus, quesitis et inquisitis, cultis et incultis et cum universis appendiciis et adjacenciis illuc rite pertinentibus.

haben sollen zu hausen und zu brennen, ihr gewintertes Vieh zu sömmern u. s. f. Wirthschaftlich betrachtet gehörte also die Almend weit eher zum Sondereigen als umgekehrt, wie ja auch die Almendnutzungen oft „Güterrechte" genannt worden sind, und man noch jetzt in der innern Schweiz sagt: die Alpen gehören den Gütern. War so der ganze Wirthschaftsbestand und das Bewirthschaftungssystem eines Hofes auf die Almendnutzung als einen wesentlichen Factor mit basiert und eingerichtet, so ergab sich die Auffassung der Nutzung als eines die vestitura mit ausmachenden Elementes, somit als einer Pertinenz des Gutes von selbst. Es ist also nicht „ein juristischer Grund"[15], der den Nutzungen diese Eigenschaft der Pertinenz gegeben hat, sondern ein wirthschaftlicher, welcher um so leichter juristisch verwendbar war, als diese Nutzungen, in ihrer Eigenschaft als Mitgliedschaftsrechte der Markgenossen, unter dem Gesichtspunkte der Reallastberechtigungen als unkörperliche Sachen konnten betrachtet werden. Wie sie vermöge dieser ihrer rechtlichen Natur später fähig wurden, als selbständige Rechtsame Gegenstand des Rechtsverkehres zu werden, so nahmen sie ursprünglich, so lange sie an die Güter gebunden waren, mit Naturnothwendigkeit den Charakter einer Pertinenz derselben an.

Das führt uns noch auf einen letzten Pertinenzfall. Es erscheinen oft Rechtsamen der in § 68 bezeichneten Art und Reallastberechtigungen[16] an ein bestimmtes Grundstück geknüpft, so, dass die Ausübung der Berechtigung von dem Besitze dieses Grundstückes abhängig ist. In dem oben S 343 Anm 1 gegebenen Beispiel der Landgrafschaft Sisgau war das Schloss Farnsburg das Gut, durch dessen Erwerb man auch die Landgrafschaft erlangte. Diese letztere ist ein Stück der Vestitur der Herrschaft Farnsburg und theilt als Pertinenz deren Schicksal. Wo Rechtsamen der bezeichneten Art in derartige Verbindung mit einem Grundstück getreten und dessen Pertinenz geworden sind, heissen sie Realgerechtsame, das Mittelalter hat deren eine Unmasse ausgebildet von den Grafschaften bis zu den Brau- und Schankgerechtsamen, Tavernenrechten u. dgl. herunter, welche sich manchen Orts bis auf unsere Tage erhalten haben.

Die rechtliche Bedeutung des Verhältnisses von Hauptsache und Zubehörde ist durch das Vorstehende im Grunde schon festgestellt: die Pertinenz theilt bei Verfügung des Eigenthümers über die Hauptsache deren Schicksal, sie gilt bei Veräusserung, Verpfändung, Verleihung der Hauptsache als mitveräussert, mitverpfändet, mitverliehen.

---

[15] So Bluntschli, D. PrR § 52.

[16] Z. B. UB. St. Gallen Nr 543: tributa servorum ad predicta loca pertinentia.

Daher müssen solche Stücke, die in einer Veräusserung u. s. w. nicht mitinbegriffen sein sollen, ausdrücklich ausbedungen werden[17]. Und wo blos ein Theil eines Gutes veräussert wird, ist auch der entsprechende Theil der Pertinenzen inbegriffen[18].

IV. Dem Verkehre entzogene Sachen.

§ 73. A. Ursprüngliches Recht.

Als Sachen ausserhalb des Rechtsverkehres (res extra commercium) wären im Sinne des deutschen Rechtes solche Sachen zu bezeichnen, welche ihrer Natur oder ihrem Zweck nach keine vestitura, d. h. kein privatrechtliches Herrschaftsgebiet einer bestimmten berechtigten Person zu bilden befähigt oder geeignet wären. Es fragt sich, ob es solche gegeben hat. Und da kommen wesentlich in Betracht die Strassen (Wege) und die Gewässer.

Die fränkische Zeit unterscheidet viae convicinales und viae publicae[1]. Die ersteren sind gemeint in den zahllosen Traditionsbriefen, wo unter den Zubehörden der veräusserten Güter neben den pascua et silvae u. s. w. auch die viae et inviae, exitus et reditus, Weg und Steg genannt werden. Die viae publicae werden hauptsächlich bei Grenzbeschreibungen städtischer Liegenschaften erwähnt, von denen gesagt wird, sie stossen an die via publica[2], oder auch, was gleichbedeutend ist, an die via communis[3].

So ist auch seit ältester Zeit von flumina publica die Rede im Gegensatze zu den aquae aquarumque decursus in einer Mark, welche als Zubehörde der Sondergüter in den Schenkungsurkunden figurieren. Wo dachte man sich nun die Grenze zwischen diesen beiden Arten von Wegen und Flüssen?

Schon der natürliche Verstand findet mit grosser Sicherheit für die Abgrenzung der viae publicae, ubi rex vel dux egreditur, und der

[17] UB. St. Gallen Nr 342: trado hereditatem meam exceptis hiis mancipiis...; Nr 543: omnia ex integro exceptis tantummodo mancipiis salicis; Nr 574: omnia ex integro tam edificiis excepta una domo, quam curtilibus.

[18] C. d. Fuld. Nr 267: trado quae jure proprietatis meae portioni contingunt id est in terris . . . et partem structurae quae mihi et meo communis est patri et mancipiorum tertiam quae me contingat partem.

[1] Besonders lex Bai. X 19—21: via publica, ubi rex vel dux egreditur, via convicinale vel pastorale, semita convicinale.

[2] C. d. Fuld. Nr 6. 17. 19. 23 u. s. f., sehr oft. MR. UB. I Nr 191. UB. St. Gallen Nr 401. Merkel in der Ausgabe der lex Bai. bei Pertz, Anm 23 zu X 19.

[3] C. d. Fuld. Nr 8. 18. 20. 27.

viae vicinales der Markgenossenschaften, ebenso der flumina publica und der als Pertinenz der Sondergüter bezeichneten Markgewässer ein Kriterium heraus, nach welchem er die einzelnen Wege und Wasser classificiert. Nicht die Grösse, die Breite oder die Länge des Weges oder des Flusses, nicht das Fliessen oder das Stehen des Wassers bildet dieses Merkmal, denn damit würde man für ebenso viele Fälle das Unrichtige getroffen haben wie das Richtige, sondern das Unterscheidungszeichen ist der natürliche Umfang der Benutzung. Die via publica ist die Heerstrasse, welche dem freien Verkehre aller Welt dient, die freie Strasse des Reiches. Dagegen die Feldwege innerhalb einer Gemarkung oder auch die Verbindungswege zwischen zwei Ortschaften dienen blos dem Verkehre der Markgenossen; mögen immerhin noch andere Personen vorübergehend sie benutzen, sie sind doch nicht dieser anderen Leute wegen erstellt, und die Markgenossenschaft, die sie angelegt hat und unterhält, mag sie auch wieder schliessen, wenn es in ihrem Interesse liegt. Ebenso verhält es sich mit den Gewässern. Die grossen Wasserstrassen des Reiches vermitteln den Weltverkehr in Handel und Wandel von Land zu Land und stehen Jedermann offen, die Gewässer einer Gemarkung dienen ausschliesslich den Genossen zum Fischen, zum Mühlenbetrieb, zur Wässerung u. s. w.

Daraus folgt nun zunächst das eine: ein Weg und ein Gewässer, welche nur der Benutzung einzelner Menschen oder einer als juristische Person auftretenden Vereinigung von Menschen, einer Markgenossenschaft dienen, gehören zu der vestitura dieser Berechtigten und sind dem Rechtsverkehre nicht entzogen. Denn die Bäche und die Wege innerhalb einer Gemarkung sind ein Bestandtheil der integritas der Mark, stehen demgemäss mit dem ganzen Markgebiete im Eigenthum der Markgenossenschaft, nehmen an dem rechtlichen Schicksale der Gemeingüter Theil, sind gleich diesen Almend und werden in gleicher Weise wie diese des Verkehres theilhaftig. Der einzelne Genosse nutzt sie nicht, weil sie in usu publico sind, sondern kraft seines Mitgliedschaftsrechtes, das ihm die Nutzung des Genossenschaftseigenthums giebt, daher auch die viae und aquae als Pertinenz der Sondergüter erscheinen. Also: so lange Wege und Gewässer als zu einer vestitura gehörig nachweisbar sind — und das ist nur der Fall, wenn ein bestimmtes Rechtssubject, ein einzelner Mensch oder eine juristische Person, als Inhaber und Träger dieser Gewere vorhanden ist —, so lange sind sie auch nicht res extra commercium. Nun fragt sich, ob die viae publicae und die flumina publica als Bestandtheile einer Gewere gedacht werden können oder gedacht worden sind: was davon

abhängig ist, ob ein Inhaber der Gewere hier vorhanden war und angenommen wurde.

Als berechtigtes Subject und Inhaber der Gewere könnte nicht die Gesammtheit der Staatsangehörigen, das Volk, oder gar „das Publicum" gedacht werden, weil solche in keiner Richtung als Privatrechtssubjecte auftreten, sondern nur der König, welcher in seiner Person die ganze Privatrechtssphäre des Volkes absorbiert. Wäre das anzunehmen, so ständen die flumina publica und die viae publicae in der vestitura des Königs und wären damit seiner privatrechtlichen Disposition anheim gegeben, und wir müssten also dem deutschen Rechte den Begriff der res extra commercium absprechen. Gegentheils, wenn sich eine solche vestitura des Königs nicht nachweisen lässt, bliebe nichts anderes übrig als die Annahme, dass diese öffentlichen Sachen in keiner Gewere, also ausserhalb des Rechtsverkehrs standen, und wir hätten somit das von Stobbe[4] vermisste feste Princip für den Unterschied von öffentlichen und Privatflüssen (bezw. Strassen) dahin zu formulieren: Privatflüsse, und damit res in commercio, solche, die zu der vestitura eines Rechtssubjectes gehören und dessen Nutzung und Verfügung anheim gegeben sind; öffentliche Flüsse, und damit res extra commercium, solche, die keine vestitura bilden und deswegen ausserhalb privatrechtlicher Disposition stehen.

Nun wird allerdings, zumal in der neueren Litteratur, oft angenommen, dass dem König nicht blos an den öffentlichen Strassen und Gewässern, sondern überhaupt an allem Grund und Boden eine privatrechtliche (sachenrechtliche) Herrschaft zugestanden habe. Schröder[5] nennt dieselbe bald Bodenregal, bald geradezu Eigenthum oder doch wenigstens Obereigenthum. Den Beweis findet er darin, dass nach lex Sal. tit. 14 § 4 und einigen Urkunden ein praeceptum des Königs das Recht der Niederlassung auch in Gemeindemarkungen gegen den Willen der Markgenossen, nicht blos in herrenlosen Oedungen ertheilt habe. Es spricht in der That vieles dafür, dass das eroberte Land vom gesammten Volke als Volksland in Besitz genommen wurde und von diesem durch Zutheilung an die Markgenossen gelangte. An die Stelle des Volkes ist später der König getreten. Strassen und Gewässer mochten anfangs nicht anders be-

---

[4] Handbuch 2. Aufl. I 536.

[5] Die Franken und ihr Recht, in Z der Sav.-Stiftung, german. Abth. II 62 ff. 80 ff., z. B. 65: „Der König verfügte über das Gemeindeland als Eigenthümer." Ferner Arndt, Zur Geschichte und Theorie des Bergregals und der Bergbaufreiheit S 214.

handelt sein, und das im Mittelalter noch lange von den Landesherren in Anspruch genommene Grundruhrrecht, d. h. das Recht auf Einziehung der auf den Gewässern verunglückten, den Grund berühren-den Schiffe und Waaren (unten § 114), kann darauf zurückgeführt werden. Aber andererseits ist auch nicht zu übersehen, dass das Princip des königlichen Eigenthums an den öffentlichen Gewässern und Strassen sich nicht mit gleichem Nachdruck geltend machen liess wie an dem occupierten herrenlosen Lande.

Die öffentlichen Strassen und Gewässer nämlich theilten wohl mit dem noch wüste liegenden, nicht occupierten Lande die Eigenschaft der Herrenlosigkeit, erschienen aber schon ihrer natürlichen Beschaffenheit wegen nicht wie dieses dazu geeignet, durch Occupation und Einforstung zu einer vestitura umgeschaffen zu werden. In der Volksanschauung setzte sich daher der Satz fest, dass die Nutzung Allen gemein sei, nicht dem König gehöre. Es haben auch, so viel wir sehen, die Könige nie den Anspruch erhoben, dass die Strassen und Flüsse selber, etwa gleich den herrenlosen Waldungen, zu Domänen zu machen seien, sondern sie haben jener Volksanschauung nur den Anspruch entgegengesetzt, die Nutzung dieser Sachen, als Rechtsame, finanziell zu verwerthen, juristisch gesprochen: das Nutzungsrecht als Rechtsame, als unbewegliche Sache in königliche Gewere und in königliches Eigenthum zu ziehen. Wir werden sehen, dass diese Tendenz, schon frühe vorhanden, seit karolingischer Zeit sich deutlicher kund gebend, unter den sächsischen und salisch-fränkischen Kaisern so weit ausreift, dass sie in der ersten Zeit der Hohenstaufen grundsätzlich ausgebildet auftritt. Aber gerade dieses Princip, das Princip der Regalität der öffentlichen Sachen, beruht mit innerer Nothwendigkeit auf der Voraussetzung, dass diese Sachen selber res extra commercium, dem Privatrechtsverkehre entzogen sind; es enthält die Anerkennung, dass diese Sachen selber nicht in der Gewere und dem Eigenthum des Königs stehen, wie es bei Bannforsten der Fall ist, ihrer Natur nach nicht Gegenstand der Veräusserung, der Belehnung, der Verpfändung sein können, wie sie es auch in Wirklichkeit nie geworden sind, sondern blos die Nutzung daran als Privatrechtsame gebildet und als solche der Veräusserung, der Belehnung anheim gegeben werden kann. Auch das konnte nicht ohne Eingriff in den bisher von Jedermann geübten freien Gebrauch der öffentlichen Strassen und Flüsse erfolgen. Und so finden wir denn in der That, dass das ganze Mittelalter hindurch diese beiden Auffassungen mit einander im Streite liegen. Auf der einen Seite die alte volksrechtliche, populäre Auffassung der öffentlichen Strassen und Flüsse als Sachen, die der

gemeinen Benutzung anheim gegeben sind, auf der anderen Seite die neue aus der königlichen Gewalt ausfliessende fiscalische Gestaltung der Nutzungen zu selbständigen, als Eigenthumsobjecten dem Privatrechtsverkehre übergebenen Rechtsamen.

Immerhin ergiebt sich daraus als ursprüngliches Recht der Satz: öffentliche Strassen und Flüsse sind res extra commercium im technischen Sinne des Wortes, denn sie stehen in Niemandes vestitura und somit ausserhalb des Privatrechtsverkehrs, und sind dem gemeinen Gebrauche offen, usui publico destinata. Das natürliche Gefühl der Rechtsbücher bringt diese im Volke lebende Anschauung zu klarstem Ausdrucke: svelk water strames vlüt, dat is gemene to varene unde to vischene inne; jegelich vlizinde wazzir heizet des riches straze, dar umme ne suln die schif unde alliz daz in deme wazzir uf unde nidir vliuzit ne heinen zoln gebin[6]. Der Gegensatz dazu spricht sich aus in dem Princip der Regalität.

§ 74. B. Ausbildung der Regalität.

Indem die Nutzung der öffentlichen Sachen zu einer privatrechtlich verwerthbaren Rechtsame des Königs gemacht wurde, trat sie unter den Begriff der Regalien. Die technische Bedeutung des Wortes regalia im mittelalterlichen Sprachgebrauch ist die von nutzbaren Regierungsrechten des Königs. Also Regierungsrechte: fiscalisches Eigenthum an Krondomänen heisst nicht Regal; und nutzbare: d. h. vermögensrechtlich (durch Verkauf, Verpfändung, Verleihung) verwendbare, von Herzogthum und Grafschaft bis zur kleinsten aus Hoheitsrecht fliessenden Steuer herab.

Der Anspruch auf Regalität der öffentlichen Strassen und Flüsse in diesem Sinne wird schon von den karolingischen Königen erhoben. Ob sie bereits in der Urkunde Pippins zu Gunsten des Klosters Prüm von 752 zu finden ist, mag hier unentschieden bleiben[1]; aber doch schon recht grundsätzlich steht der populären Anschauung, welche noch der Sachsenspiegel vertritt, der Satz einer Urkunde des K. Ludwig[2] entgegen: cujuscunque potestatis sint littora, nostra tamen est regalis aqua. Die Strassen werden auch viae regis genannt[3], wie sonst viae

---

[6] Ssp II 28 § 4. Dsp 138. Schwsp (L.) 197. Görl. Ldr. 34 § 1.

[1] MR. UB. I Nr 10: donamus in fluvio Drahocne capturam piscium ubicunque ministri fratrum elegerint faciendam. War dieser Fluss, die Drohn, überhaupt ein öffentlicher? Die andern in dieser Urkunde geschenkten Fischereien sind infra terminos villarum nostrarum, so auch wahrscheinlich diese.

[2] S. bei Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte IV 114 Anm 1.

[3] Z. B. C. d. Fuld. Nr 180.

publicae, und die Constitution Friedrichs I. von 1158 (II F. 56) zählt unter den regalia die viae publicae, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia auf.

Wenn trotzdem die Rechtsbücher den alten volksthümlichen Satz noch als geltendes Recht vortragen, so erklärt sich das wohl daraus, dass die Regalität der öffentlichen Strassen und Flüsse in dieser Zeit noch nicht auf die Spitze getrieben war. Die Land- und Wasserzölle, wenn überhaupt auf dieses Princip zurückzuführen, waren noch nicht so zahlreich und drückend wie später, wo sie allerdings auf eine rücksichtslose Ausbeutung der Kaufleute hinausliefen. Die Hauptäusserung der Regalität bezog sich auf die Fischerei, und auch darin war man noch nicht so weit gegangen, alle Gewässer in ihrem ganzen Umfange als Bannwasser gegen jegliches Fischen abzuschliessen. Blos soweit die königlichen Domänen das Ufer öffentlicher Flüsse bildeten, hatte der König für die darauf errichteten Fischereianstalten das ausschliessliche Recht des Fischfangs in Anspruch genommen[4], oder gar nur die im übrigen frei gelassene Fischerei mit einer Abgabe belegt. So, wenn Otto III. i. J. 994 den Chorbrüdern des h. Salvator zu Frankfurt omnem piscationem quae ad nostrum regium jus pertinet in flumine Moynus vocato schenkt, mit der näheren Bestimmung, dass alle Fischer, nostri sive alii, die am Freitag gefangenen Fische den Brüdern abliefern sollen[5], so ist doch gewiss, 1. dass es sich nicht um die Fischerei auf dem ganzen Main handelt, sondern blos um dessen Strecke im Weichbild der Stadt oder innerhalb des Domanialbodens, und 2. dass selbst da ausser den königlichen Fischern auch noch andere das Gewerbe trieben. Wo die Ufer nicht Fiscalgut waren, dürfen wir bis ins 13. Jahrhundert hinein Fischereifreiheit annehmen, gemäss Ssp II 28 § 4: „Ströme sind gemein zu fischen darin."

Wir dürfen aber hier nicht bei der Regalität der öffentlichen Sachen stehen bleiben. Es möge gestattet sein, hier noch etwas anzuschliessen, was streng genommen nicht unter die Theorie der res extra commercium fällt. Diese Schärfung der königlichen Rechte an öffentlichen Sachen berührt sich sehr eng mit der Regalität des Bergbaues und der Jagd und beruht auf gleichen Tendenzen wie diese, in der Richtung auf fiscalische Ausbeutung von Sachen, welche ursprünglich nicht zum Staatsvermögen (Fiscus) gehört haben.

Das Bergregal tritt früh genug in einer Stärke auf, welche es überhaupt zweifelhaft erscheinen lässt, ob je Metalladern als Bestand-

---

[4] Vgl. die Urk. von 752 oben Anm 1.

[5] C. d. Francof. (Böhmer) S 12.

theil (oder nach deutschrechtlicher Auffassung als Zubehörde) des Grundes und Bodens gegolten und also im Eigenthum des Grundbesitzers gestanden haben. So gewährt im Jahre 1122 der König der Abtei Siegburg das Recht, ut si quid metalli in ullo possessionum ipsorum fundo tellus querentibus exposuerit, juris ipsorum sit, quia quod ad nos attinet donamus tanquam carnale, ut bona spiritualia mereamur metere[6]. Auch der Ssp stellt den Grundsatz der Regalität der Metalladern auf, nur zum Silberbrechen fordert er ausserdem noch Erlaubnis des Grundeigenthümers[7].

Anders verhält es sich mit dem Jagdregal. Zwar jene Ansicht von Schröder, Arndt u. a., welche ein allumfassendes Bodenregal des Königs im Sinne eines Eigenthums (Obereigenthums) annimmt, leitet aus demselben auch schon für die älteste Zeit das Jagdregal des Königs ab, wie mir aber scheint, mit Unrecht. Die Analogie des Bergregals nöthigt jedenfalls nicht dazu; denn die Ausbeutung von Metalladern hatte in der markgenossenschaftlichen Oekonomie keine Stelle, die Fähigkeit bergmännischen Betriebes ging diesen Genossenschaften ab, der Bergbau lag daher ausserhalb des markgenossenschaftlichen Wirthschaftslebens. Anders die Jagd, sie gehörte zu der Nutzung des Waldes, und es ist bei der Leidenschaft der Germanen für die Jagd schwer zu glauben, dass die königliche Gewalt hier von Anfang an freie Hand gehabt hätte, und dass bei der ersten Zutheilung des Landes an die Markgenossenschaften, zu einer Zeit also, da die Königsgewalt noch viele Rücksichten zu nehmen hatte, das Jagdrecht vorbehalten geblieben wäre. Ebenso wenig Gewicht kann ich dem Grunde beilegen, dass die Krone seit dem 10. Jahrhundert nicht mehr in der Lage gewesen sei, sich neue Rechte anzumaassen, dass sie zufrieden sein durfte, wenn es ihr gelang, den von den Vorfahren überlieferten Besitzstand zu bewahren. Das wäre sehr der Berücksichtigung werth, wenn es sich bei dem Jagdregal um eine Erweiterung der königlichen Macht gegenüber der Gewalt der Grossen des Reiches handeln würde; aber das Jagdregal bildete sich wesentlich auf Kosten des gemeinen Mannes und kam sogar zunächst am meisten den Grossen zu gute, weil der König es nicht von diesen selbst zu seinen eigenen Gunsten in Anspruch nahm, sondern den Markgenossenschaften die Jagd entzog, um sie den Grossen zu schenken. Wie es im Jahr 951 von

---

6 NR. UB. I Nr 294.

7 Ssp I 35 § 1. 2. Schwsp (L.) 197. Die Stellen, namentlich die Bedeutung des Wortes „Schatz“, sind sehr bestritten. Vgl. Arndt a. a. O. (§ 73 Anm 5) S 95 ff.

Otto I. ausdrücklich gesagt wurde: decrevimus, ut forestam quae ad villam A. attinet, in qua prius erat communis omnium civium venatio, nullus venandum audeat ingredi nisi licentia abbatis[8]. Noch im Anfange des 13. Jahrhunderts, da das Jagdregal schon weit in der Ausbildung vorgeschritten war, ist die Erinnerung an das freie Jagdrecht lebendig, der Ssp II 61 § 1 bezeichnet es als göttliche Satzung, und im Vridank 76, 5—12 ist auch das Wild unter demjenigen erwähnt, was die Fürsten mit Gewalt zwingen.

Ursprünglich, so lange dem König die weiten Jagdgründe in den zu Bannforsten gemachten herrenlosen Waldungen genügten, war keine Veranlassung zu weitergehenden Ansprüchen; ausserdem konnte ein königliches Jagdrecht auf den Besitzungen der Reichskirchen mit der königlichen Munt begründet werden. Dasselbe wurde dann der betreffenden Kirche oft geschenkt, tam ad volumina librorum tegenda quamque et manicias et ad zonas faciendas[9]. Man gewöhnte sich leicht in solchen Fällen nicht viel nach alten Rechten der unter die Herrschaft der betreffenden Kirche gerathenen Gemeinden zu fragen, so z. B. als K. Zwentibold i. J. 896 alle Waldungen des Erzstiftes Trier in Bann legte und dem Erzbischof das Jagdrecht darin ertheilte[10]. Mit dem Schwinden der Waffenfähigkeit der Bauern seit den Ottonen glaubte man vollends keine Rücksicht mehr auf die alte Jagdfreiheit nehmen zu müssen, und so ist das Jagdregal ohne Hindernis durchgedrungen, und sogar der Landadel hat sich später demselben bezüglich der hohen Jagd unterwerfen müssen.

Das Jagdregal zog aber auch ein Forstregal nach sich. Waren die Wälder einmal für die Jagd gebannt, so war der freie Holzschlag damit nicht mehr vereinbar, weil er nothwendig auf den Wildstand Einfluss hatte. Weniger aus forsthoheitlichem Interesse an Verhinderung der Waldverwüstung, als im Interesse einer schönen Jagd wurden die Nutzungen der Markgenossen an Bewilligung des Landesherrn gebunden: schon 1129 mussten die Bürger von Duisburg den Beweis führen, dass sie zu abgabenfreiem Steinbruch in dem Forste, cujus fundus ad villam pertinet, berechtigt seien[11]. Dann beanspruchte der Landesherr geradezu die Waldnutzung, und bisweilen wurde schliesslich die Folgerung daraus gezogen, dass der Wald überhaupt Eigenthum des Landesherrn sei und den Gemeindegenossen nur Servi-

---

[8] C. d. Fuld. Nr 688.

[9] Cart. de St. Bertin Nr 63. Waitz, D. Verf.-Gesch. IV 111 Anm 1.

[10] MR. UB. I Nr 140.

[11] NR. UB. I Nr 305.

tutrechte daran zustünden[12]. Im Bauernkriege von 1525 war eine Hauptbeschwerde der Bauern, dass „unsre Herren ihnen alle Hölzer allein zugeeignet haben, und wenn der arme Mann was bedarf, er's um zwei Geld kaufen muss", Es erzeugte dieses Forstregal, wie J. Grimm Rechtsalt. S 248 sagt, eine Bitterkeit, die etwas Unverjährbares hat.

Alle diese Regalien (Strassen-, Wasser-, Berg-, Jagd- und Forstregal) treten nun bezüglich ihrer juristischen Construction unter den gemeinsamen Gesichtspunkt eines kraft Hoheitsrechtes in Anspruch genommenen fiscalischen Nutzungs- oder Occupationsrechtes an Sachen, welche ihrer Natur nach nicht in fiscalisches Eigenthum gehören. Sind auch die einzelnen Fälle unter sich verschiedenartig genug, so enthält doch dieses gemeinsame Moment ein juristisches Princip. Von den Verschiedenheiten der Fälle kommt rechtlich am meisten in Betracht, dass theils die Sache, an welcher das Regal besteht, theils das Regal selber fiscalisches Eigenthum geworden ist. In dieser Beziehung stehen auf den entgegengesetzten Enden das Wasser- bez. Strassenregal und das Jagdregal: dort sind die Flüsse und die Strassen schliesslich in immer fortschreitender Steigerung der Regalität geradezu als Eigenthum des Königs, bez. des Staats erklärt worden, so dass das Regal selbst sich als Eigenthumsrecht äussert, und daher auch in den Gesetzgebungen neuerer Zeit, z. B. in dem preussischen Landrechte, unbedenklich gesagt ist, die Flüsse seien im Eigenthum des Staates; hier dagegen, bei der Jagd, konnte nicht der Wildstand selber als Eigenthumsobject bezeichnet werden, es musste das Jagdrecht, die venatio, der Wildbann, also das Regal selbst als dinglich fundierte Rechtsame, gleich der Gerichtsbarkeit, der Vogtei u. s. w., Gegenstand des Eigenthums werden. In dieser Hinsicht löste sich dann auch nothwendig das Fischereirecht von dem Wasserregal los und schloss sich dem Jagdrechte an. Schon die ronkalische Constitution von 1158 trennt dergestalt: regalia sunt viae publicae, flumina navigabilia, piscationum redditus. Der Unterschied ist in der Natur der Sache begründet und daher schon auf rein privatrechtlichem Gebiete vorhanden: der Privatmann ist Eigenthümer der auf seinem Grund und Boden entspringenden Quellen oder der darauf angelegten Teiche und Wege, nicht aber des in seinem Walde befindlichen Wildes, sondern des Jagd-(Occupations-)rechts, der venatio, wie die lex Rib. tit. 42 und 76 denn auch von furare de venationibus, nicht von furare bestias feras spricht.

---

[12] Eine interessante Monographie ist Freudenstein, Geschichte des Waldeigenthums in der vormaligen Grafschaft Schaumburg, bes. S 20. 25. 28. 35.

Das Forstregal, wo es zu einem wirklichen, über blosses Hoheits- und Aufsichtsrecht hinausgehenden nutzbaren Rechte an den Waldungen gediehen ist, hat sich daher auch leicht zu einem Eigenthumsrechte an dem Walde verdichtet und hat das Schicksal des Strassen- und Flussregals getheilt. Das Bergregal dagegen weist ein Schwanken in der Behandlung auf, und es kann auch hier beides vorkommen und kommt wirklich vor, und zwar nicht nur wenn schon bekannte Erzadern Gegenstand des Verkehres werden, sondern auch wenn das Recht auf künftig erst zu findende verliehen wird. Ursprünglich war doch die Neigung vorhanden, die Metalladern schlechthin gleich den Flüssen als directes Object des Eigenthums zu behandeln, denn sie waren immerhin als ein Stück Grundes und Bodens ein sicherer Herrschaftsbestand, nicht wie das Wild, das noch allen Zufälligkeiten einer unsicheren Occupation anheim gegeben war. Daher wird Grund und Boden mit den Metallen, nicht mit dem Bergrechte verliehen[13], und die goldene Bulle spricht den Kurfürsten nicht das Bergrecht zu, sondern direct universas mineras metalli tam inventas quam inveniendas juste tenere et legitime possidere; aber gleichzeitig kommt doch auch Verleihung des Ausbeutungsrechtes vor, so bei Kraut a. O. Nr 7, wonach König Ottokar usum et urburam aurifodinarum que nunc sunt atque in futurum fuerint reperte einräumt. Diese doppelte Auffassung geht durch die ganze Geschichte des Bergregals hindurch.

Zweites Kapitel.

Obligationen.

§ 75.

Im Vorstehenden haben wir den Begriff der Sache als der einen Gattung von Rechtsobjecten, und die verschiedenen Arten derselben im deutschen Rechte ermittelt. Die andere Gattung der Rechtsobjecte, somit ein dem Sachenbegriffe homogener Begriff ist gemäss dem in § 66 als Ausgangspunkt Aufgestellten die Leistung, Handlung oder

---

[13] Kraut, Grundriss 5. Aufl. § 94 Nr 1: hereditas cum metallis; das. Nr 4: Friedrich I. tradiert dem Bischof von Trient argentifodinas in episcopatu, quae nunc sunt vel quae in posterum reperientur. Ebenso das. Nr 5.

Unterlassung einer anderen Person: wie die Sache Gegenstand der dinglichen Rechte, des Eigenthums und der jura in re aliena, so ist die fremde Leistung Gegenstand der Forderungsrechte.

Dass an fremden Leistungen selber kein Eigenthum und keine dinglichen Rechte bestehen können, ist selbstverständlich, denn jedes dingliche Recht trägt die Fähigkeit in sich, sich als directe active Einwirkung auf den ihm unterworfenen Gegenstand zu äussern, das ist bei fremden Handlungen nicht möglich, denn sie existieren nicht als ein durch Bethätigung des Berechtigten und nur durch solche nutzbar zu machendes Object.

Dagegen fragt es sich, ob nicht Rechte auf Handlungen, Forderungsrechte, obligationes, selber wieder als Gegenstand des Eigenthums gedacht und somit als Sachen behandelt werden können. Es ist zu Bejahung dieser Frage eine gewisse Neigung vorhanden, wenn man die herkömmliche Classificierung der Bestandtheile eines Vermögens in Sachen (res) und Rechte (jura in re aliena und obligationes) zu dem auch im Rechte ausschliesslich maassgebenden Ausgangspunkte nimmt. Man wird dadurch verführt, alles was Vermögensbestandtheil ist, als im Eigenthum des Vermögensinhabers stehend, Eigenthumsobject und Vermögensobject als identisch anzusehen. Gerade dem deutschen Rechte ist diese Auffassung in allerschärfster Weise zugeschrieben worden: Sachen, jura in re und obligationes sollen bei ihm nur als Eigenthumsobjecte gegolten haben, so sehr, dass der Begriff der obligatio als eines persönlichen Forderungs- und Verpflichtungsbandes in der That nicht zum Vorschein und zur Geltung gekommen wäre. Es kann dieser Meinung gegenüber nicht bestimmt genug ausgesprochen werden, dass das deutsche Recht auch nicht den geringsten Anhaltspunkt hierfür bietet, vielmehr den Begriff der Obligation in voller Reinheit zur Erscheinung bringt.

Am weitesten ist in dieser rechtlichen Identificierung von Sache und Forderungsrecht B. Delbrück in seinem Büchlein über die Uebernahme fremder Schulden gegangen. Seine Theorie spukt noch immer in den Lehrbüchern und sonst gelegentlich. Die Meinung dabei ist, das deutsche Recht kenne den Begriff der Obligation nicht, sondern behandle alle Vermögenswerthe, bestehen sie in Sachen oder in Forderungen, als Sachen und damit als Eigenthumsobjecte, theils als Mobilien, theils als Immobilien. Daher kenne es auch keinen der römischen obligatio entsprechenden Ausdruck, sondern nur die Wörter Forderung und Schuld als active und passive Bestandtheile des Vermögens.

Diese Theorie scheitert schon daran, dass etwas praktisch Brauchbares dabei gar nicht zu denken ist. Man fragt doch zu allererst,

wie denn eine Forderung und eine Schuld aussehen sollte ohne persönliches Verhältnis, obligatio, zwischen Gläubiger und Schuldner. Entbehrt werden kann der Begriff der obligatio geradezu nicht, denn sonst existiert auch die „Forderung“ nicht. Delbrücks einzige Stütze sind die Reallasten, an ihnen demonstriert er sein Phantom obligationsloser Forderungsrechte. Wir wissen jetzt aus Früherem, dass Reallastberechtigungen allerdings nicht dem Obligationenrechte angehören, nichts von Obligation in sich enthalten, aber eben darum auch nicht Forderungsrechte sind, sondern Gewalt-(Herrschafts-)Verhältnisse, welche auf einer „stat“, einer dinglichen Unterlage, einem Gebiete, worin sie geübt werden, ruhen. Bei ihnen vermissen und suchen wir kein persönliches Verhältnis von Recht und Pflicht zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem, weil wir kein solches bedürfen; dagegen thut uns ein solches im höchsten Grade noth, ja ist uns unentbehrlich, wo der ganze Inhalt des Rechtes sich in der Leistung eines Anderen erschöpft.

Auch die Hauptpunkte, in denen sich die Theorie Delbrücks praktisch wirksam äussern soll, sind nicht richtig: einen Verkauf von Forderungsrechten hat es im alten Rechte nicht gegeben, und es kann ein solcher mit dem Rentenkauf nicht bewiesen werden. Durch Inhaberpapiere entstehen keine Schulden ohne Obligation, es muss immer zwischen zwei bestimmten Personen ein obligatorisches Schuldverhältnis eingegangen werden, das Inhaberpapier erleichtert nur den Wechsel in der Person des Forderungsberechtigten. Eine Uebernahme von Schulden als passiver Vermögenstheile durch Rechtsgeschäft zwischen Schuldner und Uebernehmer ist für den Gläubiger durchaus unverfänglich, er braucht sie sich nicht gefallen zu lassen, eben weil zwischen ihm und dem Schuldner eine obligatio, ein persönliches Band besteht, das der Schuldner nicht einseitig lösen kann.

Für den Satz, dass Forderungsrechte als Sachen und somit als Gegenstand des Eigenthums und der Gewere wären behandelt worden, giebt es im deutschen Rechte nicht den geringsten Anhaltspunkt. Der Gläubiger hat weder eine Gewere an seiner Forderung noch hat er sie in Geweren. Einen Schuldschein, cautio, hat er natürlich in Geweren und kann denselben veräussern und verpfänden, womit er auch seinen Anspruch an den Schuldner weggiebt, aber nicht weil die Forderung Sache ist, sondern weil ihre Verwerthung durch das Innehaben der Urkunde bedingt ist. Wenn daher die Formeln der apennes[1] unter den Vermögensbestandtheilen auf gleicher Linie mit aurum,

---

[1] Rozière Nr 405. 407 ff. = form. Andeg. 32. 33 etc.

argentum, vestimenta, vasa und utensilia auch die strumenta cartarum cautionis aufführen, so geschieht das in keinem andern Sinne als auch die Römer ihre nomina, credita und debita, chirographa u. dgl. in ihre Inventarien aufgenommen, veräussert, legiert haben u. s. w.[2]. Forderung und Schuld spielen im deutschen Rechte durchaus keine andere Rolle als creditum und debitum im römischen Rechte.

Forderungsrechte also sind nicht Sachen und Eigenthumsobjecte, weil sie keiner durch Gewere darstellbaren Herrschaft fähig sind. Indem das deutsche Recht diesen Grundsatz streng festhält, schliesst es jede Vermittlung zwischen res und obligatio aus und führt es die Gegensätzlichkeit der beiden Begriffe so klar und bewusst wie das römische Recht durch. Und ebenso wenig sind ihm die jura in re, Pfandrecht, Leibzucht u. s. w., Gegenstand des Eigenthums und der Gewere; es ist unbestreitbar, dass der Satzungsgläubiger, der Leibzüchter nicht an dem Satzungs- oder Leibzuchtsrechte, sondern an dem verpfändeten oder zu Leibzucht gegebenen Gute Gewere hat.

Müssen wir also für das deutsche Recht den gleichen Gegensatz zwischen res und obligatio anerkennen wie ihn das römische Recht aufgestellt hat, so scheint damit von selbst gegeben, dass auch der Gegensatz von dinglichen und persönlichen Rechten im deutschen Rechte so gut durchgeführt sein muss wie im römischen. Wir werden das in der That durch die nachfolgende Untersuchung bestätigt finden.

Drittes Kapitel.

Dingliche und persönliche Rechte.

§ 76. I. Existenz dieses Unterschiedes im deutschen Rechte.

Die Grundlage des Aufbaues des Vermögensrechtes im römischen Rechtssysteme ist nicht der Gegensatz von Eigenthum einerseits und jura in re und obligatio andererseits (d. h. res corporales und res incorporales im Sinne von Gaius II 12—14), sondern der von Sache

---

[2] So l 44 § 5 D de legatis I (30): Eum qui chirographum legat, debitum legare, non solum tabulas, argumento est venditio, nam quum chirographa veneunt, nomen venisse videtur.

und Leistung und demgemäss der Gegensatz von Rechten an Sachen (Eigenthum und jura in re) und von Rechten aus Obligationen, also von dinglichen und persönlichen Rechten, von denen jene die actiones in rem, diese die actiones in personam erzeugen.

Diese Eintheilung der Vermögensrechte in die zwei Classen von dinglichen und persönlichen Rechten erscheint uns als ein vernunftgemäss gebotenes Entweder — Oder, daher als etwas Nothwendiges, das in der Natur der Rechtsverhältnisse liegt und von keiner auch nur wenig gebildeten Gesetzgebung verkannt werden kann[1]. Wenn nun aber für das deutsche Recht genaue Kenner desselben wie Laband[2] und Stobbe[3] dies bestreiten, so ist um so mehr Veranlassung, diese Frage näher zu prüfen.

Wir können dem deutschen Rechte die Unterscheidung in dingliche und persönliche (obligatorische) Rechte nicht nur nicht absprechen, sondern müssen sie geradezu als die seinem Vermögensrechtssysteme zu Grunde liegende anerkennen. Allerdings aber deckt sich die Eintheilung der verschiedenen Rechte unter diese zwei Arten nicht vollständig mit der des römischen Rechtes. Es ist auch hier alles realistischer gedacht und von äusserlichen Erscheinungen aus abstrahiert.

Alle einzelnen Rechte erscheinen dem Deutschen als das im Spiegel der Rechtsordnung aufgefangene Bild einer thatsächlichen Herrschaft, sie sind die rechtliche Abstraction einer factischen Gewalt, so, dass sie die Summe der vom Rechte verlangten Bedingungen und Voraussetzungen in sich fassen, welche sowohl einen factischen Bestand zum Rechtsbestand machen als auch die Fähigkeit in sich tragen, sich in thatsächlicher Herrschaft gemäss dem Umfange ihrer rechtlichen Wirksamkeit zu realisieren.

Die thatsächliche Herrschaft äussert sich nun aber unendlich verschieden, je nachdem ihr Gegenstand eine Sache oder eine fremde Handlung ist. Eine Sache ist der dauernden Einwirkung seitens ihres Inhabers durch Gebrauch, Nutzung, Verwendung nach freier Willensbestimmung anheim gegeben, der Gewalthaber kann zu jeder Stunde, die ihm beliebt, einen Herrschaftsakt vornehmen und kann diesen so oft wiederholen als seine Herrschaft besteht. Eine fremde Handlung

---

[1] So Wächter, Erörterungen I 89 f. Ebenso auch Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S 26 Anm 1: „Diesen in den ersten Elementen des Rechts beruhenden Unterschied (zwischen dinglichen und obligatorischen Rechten) kann ebensowenig ein Recht irgend einer Zeit entbehren als irgend eine Sprache den Unterschied von Subject und Prädicat“ u. s. f.

[2] Vermögensrechtliche Klagen S 276 ff.

[3] Handbuch 2. Aufl. I 553.

dagegen hat man nur während des einen Augenblickes in seiner Gewalt, da man sie entgegennimmt, und die Ausübung dieser Gewalt steht nicht in dem freien Willen und der Macht dessen, der sie anspricht, sondern ist abhängig von dem guten Willen und der Leistungsfähigkeit der andern Person. Dasselbe Princip gilt bezüglich der Herrschaft über fremde Unterlassungen: sie beruht nicht auf eigenem Handeln, sondern auf dem Nichthandeln des Andern. Abstrahieren wir nun hieraus das Recht, so drückt schon der Sprachgebrauch den Gegensatz aus, indem er von Recht an einer Sache und Recht auf eine Leistung oder Unterlassung redet. Dort ist das Recht gedacht als ein durch freie Bethätigung des Berechtigten und ausschliesslich durch diese sich realisierendes, hier als ein durch fremde Bethätigung oder Nichtbethätigung verwirklichtes.

Daraus ergiebt sich nun eben eine andere Classification der Rechte im deutschen Rechtssystem als wir sie aus dem römischen Rechte gewohnt sind. Einmal, und das ist die wichtigste Verschiedenheit, ist in allen den Fällen, wo eine Sache der thätigen Einwirkung eines Andern unterstellt ist, das Recht desselben ein dingliches. Nicht nur die Pachtverhältnisse an Immobilien, sondern auch alle aus Miethe, Leihe, Hinterlegung entstandenen Gewaltverhältnisse über bewegliche Sachen sind im deutschen Rechte dinglich gestaltet. Haus- oder Wohnungsmiethe, in der Art der römischen locatio conductio gedacht und construiert, ist dem alten Rechte unbekannt, jede Leihe bringt für den Miether ein dingliches Recht mit sich, und erst unter dem Einfluss des römischen Rechtes ist in den Städten neben die dingliche Leihe die rein persönliche locatio conductio getreten[4]. Bei beweglichen Sachen steht Vermiethung, Leihe (Commodat), Hinterlegung bezüglich der Beschaffenheit des Rechtes des Empfängers der Sache auf gleicher Linie mit der Verpfändung, in allen Fällen erhält der Empfänger die Sache in seine Gewere und damit unter sein dingliches Recht (vergl. unten § 79).

Sodann sind dem deutschen Rechte, so viel ich sehe, solche Rechtsgebilde unbekannt, welche, wie das römische precarium, auf rein obligationenrechtlichem Boden eine Berechtigung zu dauernder Ausübung einer Gewalt über eine Sache ermöglichen. Der Hauptwerth des precarium als einer besondern Rechtsform neben dem Commodat scheint mir darin zu liegen, dass der Gebrauch einer Sache, welche in Detention des precario dans blieb, gewährt werden sollte: da passte

[4] Vgl. Brünner Schöffenbuch, Art. 284: Emphiteosis differt a locatione etc.; ebendas. Art. 340.

das Commodat nicht, welches die Sache in die Detention des Commodatars brachte; also z. B. der Eigenthümer eines Gutes wollte seinem Nachbar gestatten, bis auf weiteres über sein Grundstück gehen, bei ihm Wasser holen, der Pfandgläubiger seinem Schuldner, auf dem verpfändeten Gute die Früchte lesen zu dürfen u. dgl.[5]. Nach deutschem Rechte wären derartige Verhältnisse auf obligatorischem Wege nicht begründbar gewesen, es blieb nur die Wahl, sie ausserhalb des Rechtsgebiets zu lassen und der nachbarlichen Gefälligkeit anheim zu geben oder sie als dinglich fundierte Rechtsame zu constituieren gleich den Prädialservituten und den Bannrechten und was unter diese Kategorie fällt.

Die factische Herrschaft über Sachen heisst, wie wir von früher her wissen, Gewere; sie steht jedem zu, der die Sache für sich und zu seinem Nutzen[6] inne hat und kraft seines Innehabens befähigt ist, unabhängig von fremdem Willen seine Herrschaft durch eigenes Handeln zu bethätigen. Damit die Gewere in der Rechtsordnung Anerkennung finde, muss sie ein Recht hinter sich haben, als dessen Ausdruck sie erscheint, und der Inhalt dieses Rechtes muss sich mit dem Inhalt der Gewere insofern decken, als er die rechtliche Befähigung des Berechtigten (seine Befugnis) zu selbsteigener Bethätigung der Herrschaft nach Maassgabe des Umfangs seines Rechtes ausdrückt. Mit anderen Worten: alle in einer Gewere und nur in einer solchen realisierbaren Rechte fallen unter eine und dieselbe Kategorie von Rechten, welche wir als dingliche Rechte in dem hier entwickelten Sinne bezeichnen dürfen.

Die zweite Kategorie von Rechten besteht aus denjenigen, deren Inhalt sich in dem Thun oder dem passiven Verhalten einer andern Person erschöpft, wo also kein Object vorliegt, das einer dauernden Herrschaft, einer Gewere, könnte unterstellt werden. Das sind aber keine andern als persönliche (obligatorische) Rechte.

Dass der Gegensatz von dinglichen und persönlichen Rechten nach den hier aufgestellten Merkmalen im mittelalterlichen Rechtssysteme wirklich zum Bewusstsein gekommen ist und die wichtigsten praktischen Folgen erzeugt hat, wird ein Einblick in das deutsche Klagensystem zur Evidenz ergeben. Indem ich das dem besonderen Nach-

---

[5] Ich weiss wohl, dass später diese Grenze gegen das Commodat von den römischen Juristen verwischt ist und das interdictum de precario daher als restitutorium bezeichnet wird.

[6] Und wenn es eine Liegenschaft ist, persönlich oder durch einen Amtmann (Verwalter).

weise in § 78 vorbehalte, möchte ich zunächst noch einen Punkt berühren, der sich unmittelbar an das Vorstehende anschliesst.

Es betrifft derselbe das sogen. jus ad rem der mittelalterlichen Doctrin. Man hat sich darunter ein Recht gedacht, das weder persönlicher Natur, blosses Forderungsrecht ist, noch den vollen Inhalt und die allseitige Wirkung des dinglichen Rechtes in sich trägt, sondern nur in einzelnen Beziehungen gegenüber bestimmten Personen dinglich wirksam wird. Weder die Romanisten noch die Germanisten hatten dieses jus ad rem grosser Beachtung gewürdigt, es vielmehr als scholastische Spielerei bei Seite liegen lassen, bis in neuerer Zeit seine Begründung aus dem deutschen Rechte versucht und die Ansicht aufgestellt worden ist, dass sein Ursprung und seine Wurzel in Anschauungen liege, welche dem germanischen Rechte entstammen und auf eine Vermischung der Begriffe der dinglichen Verträge deutschen Ursprungs mit der römischen Obligation hinführen. Unter diesen Umständen können wir uns doch der Pflicht nicht entziehen, diese Frage noch ins Auge zu fassen und darüber ins reine zu kommen, ob im deutschen Rechte wirklich solche Elemente vorhanden gewesen seien, welche ein derartiges „relativ dingliches Recht“ zu erzeugen im Stande gewesen wären, oder ob nicht vielmehr doch dieses Rechtsgebilde aus einem Missverständnisse nicht sowohl des römischen als des deutschen Rechtes hervorgegangen sei. Dass dieses letztere der Fall ist, dürfte, wie mir scheint, mit Sicherheit anzunehmen sein.

§ 77. II. Das sog. jus ad rem[1].

Die Veranlassung, welche zu der Aufstellung eines besonderen, zwischen dem jus in re und dem jus in personam in der Mitte stehenden jus ad rem geführt hat, ergaben einzelne Erscheinungen im Kirchenrechte und im Lehnrechte, die unter sich nicht gerade in einem engeren Zusammenhange stehen, so dass man auch nicht sagen kann, es handle sich dabei um eine durchgebildete Theorie und um einen tief in das Rechtssystem eingreifenden fruchtbaren Gedanken.

Im kanonischen Rechte finden wir hierüber Folgendes: Es ist ein althergebrachter Satz, dass wer durch Wahl zu einem Amte oder einer Würde berufen ist, die Functionen dieses Amtes nicht ausüben kann, bevor er förmlich in dasselbe eingeführt ist. Der König nimmt keine Amtshandlung vor, ertheilt kein Privileg, stellt keinen Brief aus, bevor die Krönung stattgefunden hat; ebenso der Papst.

---

[1] v. Brünneck, Ueber den Ursprung des sog. jus ad rem. Halle 1869.

So nun auch (um auf specifisch kirchenrechtliches Gebiet überzugehen) erlangt der Bischof durch seine Wahl noch nicht die Befugnis zu Ausübung der geistlichen Verwaltungsrechte, sondern erst durch die Confirmation seitens des Papstes, ja in vollstem Umfange erst durch die Consecration[2]. Und überhaupt werden geistliche Aemter, Pfründen, Beneficien aller Art erst durch die Collation, nicht schon durch die Election der Verwaltung des neuen Inhabers anheim gegeben. Die Kanonisten haben das nun eben dadurch ausgedrückt, dass sie sagten, der Neugewählte erlange durch die Wahl das jus ad rem, das Recht auf das Amt, durch die Confirmation das jus in re[3]. Jenes jus ad rem wurde darin gefunden, dass die Wahlbehörde dem Gewählten gegenüber gebunden sei und keine neue Wahl treffen könne[4], der Gewählte also ein Recht auf den Erwerb des Amtes erlangt habe. Damit scheint es sich nun so zu verhalten. Unter privatrechtliche Gesichtspunkte gebracht erschien die Krönung, die Confirmation, die Collation als die Analogie der Investitur, die Wahl als die Analogie der Sale. Nach deutsch-rechtlicher Auffassung sind Sale und Investitur nur Elemente des innerlich einheitlichen Aktes des Rechtserwerbs am Gute, und bei Liegenschaftsübertragung auch äusserlich verbunden. Die Sale schliesst die Investitur in sich. In unserem Falle ist die gleichzeitige Vornahme von Wahl und Confirmation nicht möglich, aber beides zusammen ist doch als der juristisch einheitliche Akt des Erwerbs zu betrachten, was sich auch daraus ergiebt, dass eine bestimmte kurze Frist (bei Bischofswahl drei Monate) für Einholung der Confirmation vorgeschrieben ist. In der Zwischenzeit ruht alles und sind die Wähler gebunden. Die Kanonisten wendeten aber die römischen Grundsätze an, behandelten die Confirmation als Analogon der römisch-rechtlichen traditio, knüpften also ausschliesslich an sie den Rechtserwerb und das dingliche Recht, und mussten dann für das durch die Wahl erzeugte Recht einen besonderen Ausdruck haben, den sie in dem jus ad rem fanden.

Die zweite, wichtigere und auch systematisch zu grösserer Ausbildung gelangte Verwendung des jus ad rem gehört dem Lehnrechte an. Der wissenschaftliche Urheber derselben scheint der Franzose Jacobus de Ravanis † 1296 zu sein; das von Baldus überlieferte

---

[2] Richter-Dove, Lehrbuch des Kirchenrechts § 184.

[3] c. 8 in VIto de concess. praeb. 3, 7: collationes . . . et concessiones super canonicatibus et aliis beneficiis, in quibus jus non esset quaesitum in re, licet ad rem.

[4] c. 58 X de elect. 1, 6: publicato scrutinio variare nequeunt electores, quum sit facienda collatio et electio celebranda.

Dictum dieses Gelehrten[5] lautet so: Certe ego puto, etiam per investituram verbalem et baculi porrectionem, quae abusiva investitura dicitur, feudum esse acquisitum etiam ante traditionem possessionis, cum investito dominus praecise cogatur tradere possessionem. Licet enim ante traditam sibi possessionem investitus jus non habeat in re, habet tamen jus ad rem; nam minus est investituram facere, quam eam possessionis traditione perficere. Es führt diese Stelle also auf die Frage als auf ihren Ursprung zurück, was für ein Recht durch die Lehnsinvestitur, die lenunge des sächs. Lehnrechts, in der Person des Belehnten begründet werde. Sowohl nach den deutschen Rechtsbüchern als nach dem liber feudorum lag in der Belehnung, der investitura, unzweifelhaft der Erwerb des (dinglichen) Lehnrechtes am Gute seitens des Belehnten, dieser letztere war berechtigt, nöthigenfalls auf eigene Hand Besitz von dem Lehn zu ergreifen und gegen Jedermann sein dingliches Recht zu verfechten. Den italiänischen Feudisten aber war dieser Rechtssatz schon früh anstössig. Denn die leges Romanae waren ihnen keine vilis auctoritas (II F. 1), und wenn auch sehr bestimmt ausgesprochen wird, dass das römische Recht usum et mores nicht brechen solle, so gesteht man doch zu, dass man in guten Treuen das römische Recht auch im Lehnrechte befolgen dürfe, wo die Gewohnheit nichts feststelle.

Solchem Einflusse römischer Anschauungen wird es zuzuschreiben sein, dass die Lehnung, investitura, mehr und mehr als das blos obligatorische Verhältnis, als Lehnsvertrag angesehen werden wollte, obschon sie es doch keineswegs war, sondern die rechtliche Vollziehung des Lehnsvertrages bildete, also das jus in re begründete. Dies letztere erkennt der liber feudorum formell noch unbedingt an, zumal in der Consequenz, dass der Investierte auch vor der missio in possessionem ein Recht an der Sache hat, sowohl gegenüber dem Lehnsherrn, den er zwingen kann, ihm das Lehn einzuräumen, ohne Möglichkeit sich durch Zahlung des Interesse zu befreien[6], als gegenüber Dritten, gegen die er vindicieren kann[7].

---

[5] Bei v. Brünneck S 50 Anm 14.

[6] II F. 26 § 15: Si facta de feudo investitura poeniteat dominum, antequam possessionem transferat, an praestando interesse vasallo liberetur, quaesitum fuit. Responsum est, praetermissa illa condemnatione dominum possessionem feudi, de quo investituram fecit, tradere compellendum. Nicht im Widerspruche damit steht II F. 7 § 1: Investitura facta et fidelitate secuta omni modo cogatur dominus investitum in vacuam possessionem mittere; quod si differat, omnem utilitatem ei praestabit. Denn die utilitas ist nicht das Interesse für Nichtleistung, sondern die in der Zwischenzeit bezogene Nutzung: der die Einweisung verschiebende Lehnsherr

Aber wenn schon die eben mitgetheilte Stelle II F. 26 § 15 zeigt, dass Zweifel über die Rechtswirkung der Investitur bestanden, so ist dann besonders die Stelle II F. 8 § 1 merkwürdig, weil sie durch das tamquam und quasi den innern Zwiespalt ausdrückt, in welchem sich der Verfasser befindet. Er denkt römisch, und wollte er die römischrechtlichen Grundsätze durchführen, so müsste er dem Vasallen die Vindication absprechen, denn dieser ist noch nicht durch römischrechtliche traditio Lehnsinhaber geworden, könnte also höchstens eine persönliche Klage auf das Interesse gegen den Lehnsherrn haben. Aber das würde der consuetudo nicht entsprechen, welche die Klage gegen Dritte schon auf Grund der lenunge giebt. Indem der Feudista sich so zaghaft ausdrückt: tamquam dominus potest quasi vindicare, zeigt er, dass er sich mit innerem Sträuben dem deutschen Rechte fügt.

Aber schon Baraterius lib. feud. app. IV Nr III behandelt die investitura als rein obligatorischen Vertrag: Beneficium intelligitur investitura cum traditione. Ex quo ita fit, ut si quis primo investiatur re nondum tradita, ille cui posterior investitura cum traditione facta fuerit, potior habeatur. Man sah sich dadurch allerdings in einen Zwiespalt mit dem liber feudorum versetzt, aber man half sich darüber hinweg durch die Annahme, die Stellen, welche schon an die Investitur die dingliche Wirkung knüpfen, so besonders II F. 8 § 1, sprächen von reeller Besitzeinweisung; durchaus willkürlich, aber eine kleine Beruhigung des Gewissens[8].

Ein anderer Versuch, aus diesem Dilemma herauszukommen, war nun eben die Annahme eines jus ad rem. Die höchst unschuldige Stelle II F. 2 pr.[9], welche nichts anderes besagt, als dass die wirkliche Besitzeinweisung zu einer symbolischen geworden sei, wurde dahin missdeutet, dass nur wirkliche Besitzübergabe, investitura propria, das dingliche Recht begründe, daneben jedoch eine investitura abusiva vorkomme, welche ein jus ad rem erzeuge. Aber wie es eben bei einer solchen von vornherein auf unrichtigen Boden gestellten unklaren Erfindung geht, so mangelt jede principielle Consequenz. Ein Versuch, dieses jus ad rem folgerichtig auszubilden, hätte sofort dessen Entbehrlichkeit darlegen müssen, weil es sich dann ergeben hätte,

---

muss dem Vasallen allen Schaden wegen Nichtgebrauchs der Sache ersetzen, die Herausgabepflicht im übrigen ist unbestritten.

[7] [zu S 382] II F. 8 § 1: Rei investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tamquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare.

[8] v. Brünneck S 44 zu Anm 5.

[9] Investitura proprie dicitur possessio; abusivo autem modo dicitur investitura, quando hasta porrigitur a domino feudi, se investituram facere dicente.

dass es sich entweder mit dem jus in re oder mit dem jus in personam deckt. Aber auf eine grundsätzliche Durchbildung verzichtete man; die Hauptbedeutung des jus ad rem fand man darin, dass der Vasall kraft desselben den Lehnsherrn zur reellen Besitzeinweisung zwingen könne, also in dei Zulässigkeit der „Realexecution“ gegen den Lehnsherrn. Man wollte nicht einsehen, dass dieses Recht doch nur Ausfluss des durch die Investitur erlangten jus in re sei. Gegenüber Dritten erhielt das jus ad rem nur eine sehr beschränkte Wirkung, und zwar in willkürlicher und zufälliger Rechtsbildung nach folgenden Richtungen: 1. wenn der Dritte (Beklagte) das Gut von demselben Herrn durch spätere Lehnung, aber auch ohne Besitzeinweisung erlangt hat, also vom Herrn auch blos durch sog. investitura abusiva belehnt ist und den Besitz dann ohne Einweisung des Herrn erlangt hat, und 2. wenn der Beklagte zwar Besitzeinweisung seitens des Herrn für sich hat, aber mala fide, d. h. in Kenntnis der früheren Belehnung des Klägers sich hatte einweisen lassen oder titulo lucrativo erworben hatte[10].

Wie das jus ad rem schon im Mittelalter eine doctrinäre Künstelei ohne innere Wahrheit gewesen ist, so kann auch die in neuerer Zeit versuchte[11] Wiederbelebung desselben als eines „relativ dinglichen Rechtes“, d. h. eines persönlichen Rechts mit Realexecution, nicht gelingen, und scheitert an der Halt- und Wesenlosigkeit des Begriffes. Jedenfalls aber — und darauf lege ich den Hauptnachdruck — wäre für das deutsche Rechtssystem des Mittelalters im allgemeinen die Existenz eines solchen relativ dinglichen Rechtes durchaus zu leugnen und das jus ad rem völlig unverwerthbar. Denn dem deutschen Mittelalter war alles jus ad rem der Romanisten wirkliches jus in re, und jenes jus ad rem stammte nicht aus einer Eigenthümlichkeit des deutschen Rechtes bezüglich der Unterscheidung und der Eintheilung der Rechte, sondern aus einem Missverständnisse des deutschen Rechtes durch die Juristen.

§ 78. III. Das deutsche Klagensystem[1].

Jetzt kehren wir zu dem oben vorbehaltenen Nachweise zurück, dass das deutsche Klagensystem die Eintheilung des Vermögensrechts-

[10] Gemäss l. 15 C. de R. V. 3, 32. v. Brünneck S 53 ff.

[11] Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation. Halle 1866.

[1] Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächs. RQ des Mittelalters. Königsberg 1869. Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. Braunschweig 1879. Bes. I 339 ff.

systems in dingliche und persönliche Rechte zur nothwendigen Voraussetzung hat.

Dingliche und persönliche Rechte erzeugen dingliche und persönliche Klagen, eines bedingt das andre mit Nothwendigkeit. Finden wir irgendwo das Rechtssystem auf den Gegensatz von dinglichen und persönlichen Rechten basiert, so muss das Klagensystem auf dingliche und persönliche Klagen eingetheilt sein, und sehen wir letzteren Gegensatz durchgeführt, so schliessen wir daraus mit zwingender Logik auf seine Voraussetzung, die dinglichen und persönlichen Rechte. Lässt sich also für das deutsche Klagensystem die Unterscheidung dinglicher und persönlicher Klagen nachweisen, so ist damit für das Vermögensrechtssystem die Eintheilung in dingliche und persönliche Rechte dargethan.

Nun erscheint allerdings auf den ersten Blick die Ausbeute der Quellen in dieser Sache sehr ungünstig. Der Richtsteig Landrechts, der am meisten auf eine systematische Classification der Klagen auszugehen sich bemüht, theilt die für uns einzig in Betracht kommenden „bürgerlichen" Klagen in Klagen um Schuld, um Gut und um Anevang ein (cap. 5 § 1). Gleich darauf, in cap. 6, definiert er „Schuld" als das, was einer dem andern pflichtig oder schuldig ist zu thun, und führt als (vierte) Art der Schuld die Unterwindung fremden Guts auf, „also wenn sich desselben einer unterwindet und ein anderer sagt, dass er pflichtig sei es ihm zu räumen". Hätten wir nur diese zwei Aeusserungen, so könnten wir freilich auf eine vernünftige Eintheilung der Klagen verzichten, denn beide Aeusserungen sind unbrauchbar, die erste „logisch ungenau" [2], indem der Anevang nur eine besondere Klagform der Klage auf Gut ist, und die zweite giebt nicht die Eintheilung der Klagen um Schuld an, sondern die der „bürgerlichen" Klagen überhaupt, indem die vierte Art nur Klagen auf Gut umfasst. Die Fortsetzung des Richtsteiges freilich und dessen ganze Gruppierung der einzelnen Klagen zeigen uns dann zur Genüge, dass es sich bei den bürgerlichen Klagen um zwei grosse Classen handelt: Klagen auf Gut und Klagen um Schuld. Das gleiche geht hervor aus Ssp I 70 § 1 und 2; die Klagen auf Gut sondern sich wieder in Klagen auf Liegenschaften und Klagen auf Fahrnis, erstere wieder etwa, zwar nicht erschöpfend, in Klagen auf Eigen und solche auf Lehn, Ssp II 3 § 1; wie andererseits auch wieder die Eintheilung des Ssp III 79 § 2 in Klagen auf Erbe, auf Gut oder um Schuld die erste Art, die

[2] Planck a. a. O. I 360 Anm 4.

Klagen auf Erbe, unrichtigerweise aus einer Unterart der Klagen auf Gut zu einer diesen letzteren coordinierten selbständigen Art macht.

Mit Recht haben daher neuere Schriftsteller, vorab Laband und Planck, sich mit den zwei Hauptclassen der Klagen auf Gut und der Klagen um Schuld begnügt; aber nun beginnt erst die Schwierigkeit der Unterbringung der einzelnen Klagen unter diese zwei Rubriken. Nach einem ganz äusserlichen Merkmale sichtet Laband die Klagen: er fasst den Ausdruck Schuld rein als Geldschuld und zählt andererseits zu den Klagen auf Gut alle diejenigen, welche auf Erlangung einer Sache gerichtet sind, mag es sich dabei um Vindication einer dem Kläger widerrechtlich entzogenen Sache oder um Rückforderung einer von ihm an den Beklagten geliehenen, vermietheten, bei ihm hinterlegten Sache oder gar um Begehren der Lieferung einer vom Beklagten an den Kläger verkauften Sache handeln. Dagegen Planck stellt unter die Klagen um Schuld alle diejenigen, welche eine Verpflichtung des Beklagten zu einem Thun zum Gegenstande haben, also (in Abweichung von Laband) besonders auch die Kaufklage auf Lieferung der gekauften Sache, und unter die Klagen auf Gut alle, welche aus der Angehörigkeit der Sache an den Kläger entspringen, auch die Klagen auf Rückgabe geliehener, deponierter u. dergl. Sachen, „gleichviel ob dieselben auf dinglichem oder persönlichem Rechtsgrunde beruhen“.

Bezüglich der Rubricierung der einzelnen Klagen unter die beiden Kategorien ist Planck gegenüber Laband in vollem Rechte, aber auch er hat den principiellen juristischen Gegensatz von Klagen auf Gut und Klagen um Schuld nicht erkannt. Denn mit Laband geht er darin einig, dass die Klage auf Gut nicht identisch sei mit dinglicher Klage, sondern bald auf dinglichem, bald auf persönlichem Rechtsgrunde beruhe[3], und zwar so, dass die Klage auf Herausgabe widerrechtlich an sich gebrachten Gutes dinglichen, die Klage auf Restitution anvertrauten Gutes aber persönlichen Rechtsgrund habe, nur jene also (die Vindication) dingliche Klage sei, diese dagegen (die actio commodati, depositi etc.) persönliche, contractliche[4]. Das ist nicht richtig: auch die Klage gegen den Vertrauensmann auf Restitution der anvertrauten Sache beruht immer auf dinglichem Rechtsgrunde, ist juristisch gleich-

---

[3] Vgl. Planck I 359 Anm 2, 496 Anm 17, 501, 701 Anm 2.

[4] Vergl. bes. Planck I 697 Anm 5, u. 696: „Nur seinem Contrahenten gegenüber, dem er die Sache geliehen oder sonst anvertraut hat, mag Kläger behaupten, nach Maassgabe ihres contractlichen Verhältnisses gebühre ihm fortan das Haben, und nicht dem Empfänger.“

werthig mit der Vindication einer gestohlenen Sache, und so ergiebt sich uns das Resultat, dass sich die Klagen auf Gut mit den dinglichen, die Klagen um Schuld mit den persönlichen Klagen decken. Das ist nun nachzuweisen.

Die Klagformeln der fränkischen Zeit scheiden sich in zwei Typen, in denen man unschwer die späteren Klagen auf Gut und um Schuld erkennt. Der Typus der Klage auf Gut ist: malo ordine possides; derjenige der Klage um Schuld: vadia dedisti de solvendo mihi decem solidos; occidisti fratrem meum u. s. f. (je nach Art der den Anspruch begründenden Thatsache). Dort ist es immer nur der unrechtmässige Besitz, der als Klaggrund erscheint (wir sehen schon hieraus, dass die Klage auf Restitution einer anvertrauten Sache, wenn sie nach Plancks Meinung aus Forderungsrecht entspränge, nicht so lauten dürfte, sondern auf reddere debes mihi rem quam tibi commendavi gefasst werden müsste); hier dagegen ist Klaggrund die persönliche Verpflichtung zu einer Leistung. Des näheren ergiebt sich Folgendes:

Die Klagformel malo ordine possides findet gleichmässig bei Klagen auf liegendes und auf fahrendes Gut statt. Man vergleiche

Ed. Rothar. 228: si quis alium de re mobili aut immobili pulsaverit dicendo quod malo ordine possideat.

Lib. Pap. Roth. 228: Petre te appellat Martinus quod terra quae in tali loco est sua est et tu eam possides malo ordine.

Lib. Pap. Roth. 234: P. te a. M. quod tu tenes sibi malo ordine unum bovem.

Lib. Pap. Roth. 231: malo ordine sibi tenes M. suam ancillam.

K. Pertz, Diplom. M. 83: quod porcione sua de parte socero suo in loco B. ei malo ordine contradicerit vel post se retinirit.

Rozière Nr 427 (= Zeumer, Cart. Senon. 27): dixit quod vassus vester res suas post se mala hordine reteneat injuste[5].

Bei vindicatio in servitutem:

Lib. Pap. Roth. 216: quod tu es sua aldia et malo ordine te subtrahis de sua aldiaeritia[6].

Rozière Nr 480 (= Zeumer, Form. Senon. recent. 5): quod ipsa femina colona esse debebat et ipso colonitio malo ordine de ipsa casa Dei effugeret.

---

[5] Ausserdem in einer Masse anderer Formeln bei Rozière Nr 428—484, ferner MR. UB. I Nr 27; Martene et Durand, Coll. I 169; Cartulaire de St. Victor de Marseille I Nr 290 und sonst in allen Urkundenwerken.

[6] Ebenso lib. Pap. Roth. 235; Liutpr. 51 (52) und öfter.

Rozière Nr 481 (= Zeumer, Form. Sal. Merkel 28): quod servus suus esse deberet et ipsi servicio malo ordine ipsi illo recontendebat injuste.

Entsprechend dann bei Klagen, die wir als negatoria actio bezeichnen würden: abeo et detineo, quas mihi malo ordine impedis[7].

Archivio stor. ital. N. S. II 1 S 32: malo ordine misit homines suos scalvare et piscare. Urtheil: quod malo ordine se immiscuit de silva.

Aus späterer Zeit:

NR. UB. I Nr 543: se theloneum injuste occupasse et non rationabiliter possedisse.

UB. der Stadt Halberstadt I Nr 133: Klage des Bischofs gegen die Bürger de eo quod quaedam jura de venditione vini, cerevisie ac aliis articulis sibi indebite vindicarent.

In der deutschen Sprache lautet die Formel dahin, der Beklagte sitze mit unrechter Gewalt in dem Gute, er habe sich des Gutes mit Unrecht unterwunden, oder in ähnlichen Ausdrücken, wie sie Planck I 364 anführt. So z. B.

Magd. Fr. I 4, 5: das hette sy sich undirwunden und sesse dorynne mit rechter (l. unrechter) gewalt.

Mit malo ordine possides nun wird geklagt:

1. in allen den zahlreichen Fällen, wo der Kläger behauptet, dass ihm die Sache gegen seinen Willen aus seinem Besitze gekommen sei. Das gilt für Liegenschaften und Fahrnis. Wer ein dem Kläger gewaltsam entzogenes Grundstück oder eine ihm gestohlene oder von ihm verlorene Fahrnissache in Geweren hat, besitzt malo ordine. Die Anwendung dieser Klagart in allen solchen Fällen ist unbestritten und bedarf keiner weiteren Belege.

2. Wenn der Kläger Rückgabe einer Sache verlangt, welche er selber (oder sein Rechtsvorgänger) zu Leihe, Pfand u. s. w. aushingegeben hat[8]. Das gilt sowohl bei Liegenschaften, an denen Lehn, Zins-

---

[7] Vgl. Lupi, C. d. Berg. II 759. Muratori, Ant. ital. I 963.

[8] Unter diese Rubrik, nicht unter die von 1, gehören wohl auch Klagen auf Rückgabe einer ohne Launechild geschenkten Sache oder Klagen mehrjährig Gewordener auf Rückgabe von Sachen, die sie während der Minderjährigkeit veräussert hatten. Lib. Pap. Liutpr. 72 (73): Tenes terram malo ordine. — Terra mea est per cartam donationis, quam mihi fecisti. — Non fecisti widerdonem. Lib. Pap. Liutpr. 19. 22. 57 (58). 73 (74): Tenes malo ordine. — Terra mea est per cartam quam mihi fecisti. — Contra legem est carta, quia ego eram infra aetatem quando feci cartam.

leihe, Satzungs- oder Leibzuchtsrecht u. s. f. bestellt worden, als bei Fahrnis, die verpfändet, deponiert, geliehen ist, nur mit dem Unterschiede, dass bei fahrender Habe die Klage blos gegen den die Sache besitzenden Vertrauensmann selbst, nicht aber gegen einen dritten Besitzer kann angestellt werden (aus Gründen, die mit unsrer Frage nichts zu thun haben und im Sachenrecht zu erörtern sind), bei Liegenschaften dagegen auch jeder Dritte, der unter irgend welchem Titel in den Besitz der Sache gelangt ist, dieser Klage Rede stehen muss. Daher

Lib. Pap. Roth. 227: terram malo ordine possedisti (per V annos). — Non possedi malo ordine, quia tu mihi vendidisti. — Non vendidi sed locavi et prestiti.

Lib. Pap. Liutpr. 77 (78): P. t. a. M. quod tu tenes terram malo ordine. – Donatus mihi vendidit. — Da vadia de auctore. Dem Autor gegenüber würde dann Kläger gemäss der vorigen Formel einwenden: non potuisti vendere, quia tibi locaveram.

Für Fahrnis habe ich nur den einen directen Beleg von Richtst. Landrechts 16 § 1:

Ic clage dat P. mi vorholt mine have de ic dede N. des erve he nimt.

„Habe vorenthalten" ist nichts anderes als malo ordine possidere. Ein indirecter, aber durchaus sicherer Beweis dafür, dass diese Klage auf malo ordine possides gestellt war, wird sich unten (S 392) aus der Betrachtung der prozessualischen Wirkung der zwei Klagtypen ergeben[9]. Keinen Gegenbeweis liefern die häufigen Formeln des liber Papiensis wie die zu Liutpr. 130 (131):

---

[9] Die gegentheilige Ansicht findet sich hie und da; so vertritt sie Löning, Vertragsbruch S 59 Anm 10, wegen Extravag. A. c. 2 ad leg. Sal. (Behrend S 119): Si quis alteri aviaticam terram commendaverit et ei noluerit reddere, si eum admallaverit et convinxerit, sol. XV culpabilis judicetur. Daraus soll sich ergeben, „dass der gesammte Prozessstoff beschränkt ist auf das commendare und das reddere nolle, die Klage sich also nicht auf ein Besitzrecht und dessen Verletzung, sondern nur auf das Recht aus dem Vertrag stützt". Mit nichten. Das reddere nolle drückt gerade das „mit Unrecht vorenthalten" aus und die Klage würde lauten: malo ordine terram possides. Antwort: non malo ordine, quia mihi vendidisti, oder quia mea est per successionem u. dgl. Replik: non vendidi, non tibi pater tuus moriens dereliquit, sed tibi ego ipse commendavi. Spätere Quellen, aus welchen Löning S 397 ebenfalls seine Ansicht abzuleiten scheint, z. B. Gosl. Stat. 82, 13 f. und 98, 15 f., betreffen nicht den Gegensatz von dinglicher und persönlicher Klage, der uns hier beschäftigt, sondern den von Anefang und schlichter Klage, worüber neben Richtst. Landr. 11 § 4 zu vergleichen Homeyer in seiner Ausgabe des Richtsteiges S 441 f.

P. t. a. M. quod ipse tibi deposuit tanta sua mobilia quae valebant solidos XX.

Wie aus dem Inhalte des Artikels, zu welchem die Formel gegeben ist, und aus dem Zusatze (quae valebant etc.) hervorgeht, ist der Depositar nicht mehr Besitzer der Sache, daher nicht mehr auf Herausgabe derselben, sondern einzig auf Schadenersatz kann geklagt werden[10]. Aehnlich wie in lib. Pap. Liutpr. 86 (87) die Klage auf Wiedererstattung von 10 Scheffel Getreide, die der Sklave des Klägers unbefugt an den Beklagten veräussert hat, mit comparasti decem modia formuliert wird, dagegen die Klage auf Rückgabe eines vom klägerischen Sklaven verkauften Ochsen mit malo ordine tenes bovem: die zehn Scheffel Getreide als fungible Sachen sind nicht mehr erkenn- und unterscheidbar und daher nicht vindicabel, wohl aber der Ochse. Ebenso verhält es sich bei der Formel Rozière Nr 463 (= Zeumer, Form. Sal. Bignon. 14), wo der Hinterleger die Klage aus dem Depositum auf quod res commendasset ad custodiendum und nicht auf malo ordine detines stellt, weil beigefügt ist: et ipsas res (reus) in naufragium vel in damnum posuit, also nur eine Schadenersatzklage vorliegt[11].

Nicht mit malo ordine possides wird geklagt:

1. selbstverständlich nicht in den Fällen, wo Zahlung einer Geldschuld oder Ersatz eines durch Delict verübten Schadens verlangt wird. Wir haben schon gesehen, und die Formeln des liber Papiensis bestätigen es auf jeder Seite, dass hier immer die Klagformel lautet: dare mihi debes centum solidos; dedisti mihi vadia, conventasti mihi solvere u. dgl., und: occidisti servum meum, clamasti uxorem meam argam, furto mihi sublata habes tanta mobilia quae valebant solidos quinquaginta (unter Voraussetzung, dass die gestohlene Sache nicht mehr im Besitze des Beklagten ist, denn dann wird mit malo ordine possides geklagt, gleichwie bei Depositum nach eben Erörtertem).

2. Um den zwischen Laband und Planck streitigen Fall besonders zu besprechen, so ist die Klage des Käufers gegen den Verkäufer auf Lieferung der gekauften Sache weder bei Immobilien noch bei Mobilien eine Klage mit der Formel malo ordine possides, sondern mit dare debes. Einen Beleg hierfür giebt vielleicht schon Rozière 477 (= Zeumer, Form. Senon. recent. 6): dixit quod vinditionem habebat quomodo ipse colonus (des Klägers) ipsum (servum) comparaverat[12].

---

[10] Ebenso z. B. lib. Pap. Roth. 232. 262; Liutpr. 72 (73).

[11] Desgleichen wohl auch Roz. Nr 489 (= Zeumer, Form. Andec. Nr 29).

[12] Lehrreich ist der Unterschied zwischen dieser Formel und Roz. Nr 472

Besonders deutlich ergiebt es sich aus den Rechtsbüchern. Schon Ssp I 9 § 1[13] lässt annehmen, dass der Käufer die Sache nicht als eine widerrechtlich ihm vorenthaltene, sondern als eine ihm gelobte einklagt, der Klaggrund also nicht das malo ordine possidere, sondern das Gelöbnis ist. In der That giebt Richtst. Landr. 19 § 3 dazu die Klagformel:

Ic clage dat N. mines vorvaren gelt dar umme hebbe upgeboret, dat he eme sin len laten scolde, unde lovede eme dat, und dann die Antwort:

Ic en hebbe em nicht gelovet.

Auch die Magd. Fr. I 6, 9 (= Magd. Bresl. syst. Sch.-R. IV 2, 52) sagen von diesem Falle: man claget uff sy als umme ander schult.

Der fundamentale Gegensatz der Klagen auf Gut (malo ordine possides) und der Klagen um Schuld (dare debes) äussert sich prozessualisch in der Verschiedenheit der Vertheidigung des Beklagten, namentlich nach der einen Beziehung (um von den Complicationen zu schweigen, welche durch besondere Verumständungen können erzeugt werden), dass der Beklagte bei den Klagen auf Gut ein eigenes Recht an der Sache behaupten und dessen Erwerb beweisen muss, bei den Klagen um Schuld dagegen schlechthin negieren und sich frei schwören darf. Man vergleiche die Formeln des lib. Pap. zu

Roth. 362 (361): P. t. a. M. quod tu dedisti sibi vadia. — Non dedi ego ista vadia.

Liutpr. 8: P. t. a. M. quod tu conventasti sibi dare in Kalendas Maias solidos 100. — Non feci.

Bei Delicten:

Roth. 382: P. t. a. M. quod tu clamasti eum argam. — De torto me appellas.

Dagegen auf die Klage: tenes malo ordine terram lautet die Antwort:

Roth. 222: Ipsa terra mea propria est per successionem de parte patris mei.

Aist. 5: Ipsa terra mea est per usumfructum.

= Zeumer, Form. Senon. rec. 3): dixit quod colonus (actoris) ipsum (servum) comparasset et malo ordine ipso servitio effugibat. In Nr 477 war der Unfreie noch nicht in den Besitz des Klägers gelangt, in Nr 472 dagegen war er daraus weggelaufen, denn die Zeugen in suum servitium eum viderant deservire, daher in Nr 477 kein malo ordine, wohl aber in Nr 472.

[13] Sve dem anderen lovet en egen to gevene vor gerichte . . . man sal't sime erven lesten. . . . Dit selve sal man ok dun umme iewelke varende have.

Liutpr. 18: Ipsa terra mea propria est per cartam quam mihi filius tuus fecit.

Roth. 172: Ecce cartam quam tu mihi fecisti.

Grim. 4: Possessa habeo per XXX annos.

Bei Mobilien:

Roth. 234: Ipse bos meus est, nam emi a Marcoardo.

Dieser Unterschied liegt in der Natur der Sache: bei Klagen um Schuld kann man dem Beklagten nicht zumuthen, Thatsachen geltend zu machen, welche die vielleicht höchst frivol aus der Luft gegriffene Behauptung des Klägers: du bist mir das und das schuldig, direct widerlegen. Es genügt an der Einwendung: es ist alles erfunden, ich weiss nicht, was du sagst. Bei Klagen auf Gut aber darf man vom Beklagten verlangen, dass er wenigstens angebe, woher und unter welchem Titel er die Sache besitze. Dazu wird er provociert durch die Formel: malo ordine possides, pone rationem.

Daran schliesst sich die Consequenz: gegen die Verneinung schlechtweg bei Klagen um Schuld kann der Kläger (abgesehen von Complicationen in Folge Gerichtszeugnisses u. a.) nicht zum Beweise gelangen, der Unschuldseid des Beklagten entscheidet; dagegen wenn der Beklagte wider die Klage auf Gut nur ein de torto me appellas, nur eine Verneinung des unrechtmässigen Besitzes, keine positive Behauptung rechtmässigen Erwerbs bereit hat, so darf nun der Kläger sich durch Beschwören seines Rechtes an der Sache, woraus das unrechtmässige Besitzen und Vorenthalten des Beklagten dann von selbst hervorgeht, zu der Sache ziehen. Die Zulassung des Klägers zu diesem Beweise ist also umgekehrt wieder ein untrügliches Zeichen dafür, dass es sich um eine Klage auf Gut (mit malo ordine possides) handelt, nicht um eine Klage um Schuld, und darin finde ich eine wesentliche Stütze (wenn es noch derselben bedarf) dafür, dass die Klage gegen den Vertrauensmann auf Rückgabe anvertrauten Gutes eine Klage auf Gut, keine Klage um Schuld ist, wie manche wollen; d. h. es wird geklagt: malo ordine possides, nicht: dare debes. Wäre letzteres der Fall, so dürfte der Beklagte antworten: de torto me appellas, und schwören, dass er nicht zur Herausgabe pflichtig sei. Dieses ganze Verfahren hätte keinen Sinn. Vielmehr muss der Beklagte seinen Besitz rechtfertigen, wie das im Richtsteig Landr. cap. 16 sehr genau beschrieben ist, und hat er nichts dafür vorzubringen, so darf der Kläger sich selbdritt zu der Sache ziehen, gemäss Ssp I 15 § 1. Andererseits, wenn der Beklagte nicht besitzt, und demnach nur auf Schadenersatz geklagt werden kann (deposui apud te mobilia quae valebant 20 solidos), so liegt Klage um Schuld vor und kommt also auch der Be-

klagte, der nichts empfangen zu haben und mithin nichts schuldig zu sein behauptet, mit seinem Eide davon, auch wieder gemäss Ssp I 15 § 2[14].

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich aber der Schluss von selber, dass in dem Gegensatze von Klagen auf Gut und Klagen um Schuld wirklich der Gegensatz von dinglichen und persönlichen Klagen enthalten ist; er kommt nicht nur formell zum deutlichsten Ausdruck in der Klagformel: malo ordine possides und conventasti mecum, dare debes, sondern er offenbart sich auch materiell in der Verschiedenheit der prozessualischen Durchführung: dort Vertheidigung eigenen Rechts an der Sache, hier Behauptung der Nichtschuld. Bei allen Klagen auf

---

[14] Sonderbar ist, dass Laband S 63 u. 135 f. diese Stelle so falsch gewürdigt hat. Er behauptet, dass der Kläger, der eine angeblich dem Beklagten geliehene Sache zurückfordert, welche der Beklagte aber gar nicht erhalten haben will, den Beweis der Leihe mit zwei Zeugen führen dürfe. Das ist nicht der Fall, und Alles was Laband von Widerspruch in den Quellen findet, existiert nicht. Speciell der Ssp I 15 handelt nur von den zwei Fällen: der Kläger spricht eine in Geweren des Beklagten befindliche Sache als ihm gehörig an, mit der Angabe, er habe sie dem Beklagten geliehen und die Leihezeit sei abgelaufen. Da muss der Beklagte, wenn er seinen Besitz behaupten will, angeben, warum derselbe rechtmässig sei (z. B. anderweitigen Erwerb, oder Fortdauer seines Pfand- oder Leiherechts u. s. w. geltend machen); kann er nichts der Art anführen, sondern blos „besaken", so schwört der Kläger selbdritt (§ 1). Zweiter Fall (§ 2): die Klage wird auf Grund desselben Thatbestandes (Commodat, Depositum u. dgl.) gegen einen nicht besitzenden Beklagten und also natürlich auf Schadenersatz gerichtet. Leugnet der Beklagte den Thatbestand (Empfang der Sache) und wagt er das auf sein Gewissen zu nehmen und zu schwören, so lässt man ihn so gut zum Eide zu wie den auf Rückzahlung eines Darlehns Belangten. Ssp I 15 passt so durchaus in das Klagensystem hinein, dass es gar nicht anders sein dürfte. Die alte fränkische Praxis stimmt damit völlig überein. Rozière Nr 453 (Marc. I 38) enthält eine Klage um Schuld wegen Aufnahme eines flüchtigen Sklaven mit so und so viel gestohlenen Sachen, analog der Formel lib. Pap. zu Liutpr. 130. Die Antwort ist hier schlechthin Leugnen (quod servum nec raupam suam post se nunquam recepisset) und der Beklagte darf sich daher frei schwören (= Ssp I 15 § 2). Andererseits in Rozière Nr 489 (Andec. 29) fordert der Kläger eine bestimmte, offenbar im Besitze des Beklagten vorhandene und nachgewiesene Sache als eine geliehene zurück (darauf weist der Ausdruck hoc est illa rem, im Gegensatze zu raupa in solidos tantos in Rozière Nr 453); der Beklagte weiss über seinen Erwerb nichts anzugeben, daher kommt Kläger zum Beweise (= Ssp I 15 § 1). Analog ist der Fall Rozière Nr 472 (= Form. Senon. recent. 3): Kläger behauptet, der Beklagte sei sein servus; dieser leugnet, kann aber nichts für seine Freiheit anführen, etwa quod de patre et de matre bene ingenuus procreatus fuisset, daher darf der Kläger sich zu ihm ziehen durch Beweis seines Erwerbes; dagegen wo der Beklagte eine solche Behauptung aufstellt, wie z. B. in Rozière Nr 480 (= Form. Senon. recent. 5), darf er sie beweisen. Richtig stellt den Grundsatz des Ssp I 15 dar Planck I 495.

Gut handelt es sich um einen dinglichen, bei allen Klagen um Schuld aber um einen obligatorischen Rechtsgrund.

Dieses Resultat steht im Widerspruche zu der allgemein herrschenden Doctrin, welche wesentlich von Laband beherrscht ist[15]. Ein Hauptirrthum Labands in der Classification der Klagen (bezüglich der Kaufklage) ist schon oben nachgewiesen; aber auch sonst vermissen wir bei ihm die durchschlagende Präcision. Wenn er z. B. S 276 und öfter geltend macht[16], dass die Klage auf Gut nicht gegründet sei auf ein bestimmtes dingliches Recht, sondern auf die Thatsache, dass der Gegner bez. dessen Autor nicht verfügungsberechtigt gewesen sei, auf die Thatsache einer Veräusserungsbeschränkung u. s. w., so fragt man doch sofort: woraus stammt denn diese Veräusserungsbeschränkung, welche dem verletzten Kläger die Klage auf Gut in die Hand drückt? Offenbar eben doch nur aus einem dinglichen Rechte des Klägers.

Weiter aber dürfen wir nun auch dem deutschen Rechte das „grosse Verdienst einer plastischen Gestaltung des Klagwesens", welches Kohler[17] für das römische Recht in Anspruch nimmt, mit vollem Rechte zuerkennen. In dem malo ordine possides und dem vadia dedisti, occidisti u. s. w. ist eine dem römischen rem ex jure Quiritium A.ⁱ A.ⁱ esse und N.ᵐ N.ᵐ HS decem milia dare oportere ebenbürtige Plastik vorhanden.

Es ist interessant zu verfolgen, wie die Rechtsschule von Pavia die dingliche Natur der Klage mit malo ordine possides richtig gewürdigt hat. Seitdem sich bei ihr eine römisch-rechtliche Strömung geltend macht, welche dann in der Expositio vorherrscht, zeigt sich speciell in Bezug auf die von den „Alten" festgehaltene Klagformel malo ordine possides die Tendenz, sie durch eine mehr römisch anmuthende zu ersetzen und zu sagen:

P. t. a. M. quod terra quam tu tenes sua propria est.

---

[15] Franken, Franz. Pfandr. S 39: „Dass der Körper des deutschen Rechts ein anderes Gerippe birgt als das r. R., ist auf einzelnen Punkten hinreichend bewiesen, so insbesondere durch Laband für das Klagensystem."

[16] Unter Billigung Stobbes, der bei Behandlung des Erbeneinspruchsrechtes, des Retractrechtes u. s. w. in seinem Handbuch die Klage des Erben nicht als eine dingliche zugeben will.

[17] Pfandrechtliche Forschungen S 26 Anm 1: „Es ist das grosse Verdienst des r. R. durch eine plastische Gestaltung des Klagwesens zuerst das Verständnis dieser elementaren rechtlichen Differenz (dinglicher und persönlicher Rechte) eröffnet zu haben, während das deutsche Recht seine Klagen nach ganz andern Rücksichten classificiert."

Dass das eine neuere Formel ist, ergiebt sich aus Stellen wie lib. Pap. Roth. 153, 231, Liutpr. 53 (54), 66 (67), 69 (70), 114 u. 115 (115 u. 116), wo es heisst: malo ordine possides, ita fit appellatio secundum A. oder secundum A. ita fit placitum; sed ita esse debet: terra mea propria est. Die Klage auf malo ordine possides wird also mit der actio in rem identificiert, wie dann auch im Anschluss an die oben mitgetheilte Formel zu Roth. 227 ausdrücklich gesagt wird: et fiat ut dixi (nämlich terra mea propria est), si actio est in rem.

Und nun fügen die Glossatoren von Pavia in ihrer romanisierenden Tendenz weiter gehend noch eine zweite Formel für Klagen auf Rückerstattung geliehenen Gutes hinzu:

P. t. a. M. quod locavit tibi talem terram et prestitit, et finita locatione vult ut eam relinquas. — Non mihi prestitit, sed vendidit.

Dazu bemerken sie (im Anschluss an Obiges: et fiat ut dixi, si actio est in rem): si vero locati et prestiti actio esse debet, ita fiat. Das ist nun offenbare Nachahmung des römischen Rechts; eine solche Klage hat das deutsche Recht nie gekannt, dieses hatte nur die Wahl gelassen: entweder Klage mit malo ordine possides, wenn der Beklagte die geliehene Sache noch besass, oder Klage auf Schadenersatz, wenn er den Besitz nicht mehr hatte.

Ein Haupthindernis, das der Einsicht in das Wesen der Klagen auf Gut und um Schuld als dinglicher und persönlicher Klagen entgegengestanden hat, namentlich auch bei Planck, ist in der Behandlung der Mobiliarklage zu erblicken. Hier stand die Thatsache fest, dass nicht nur der Eigenthümer, sondern auch der Miether, der Depositar, der Commodatar, welchen die Sache gegen ihren Willen abhanden kommt, die Klage auf Gut haben, also gegen den Inhaber der Sache mit malo ordine possides klagen. Hier bei dem Commodatar u. s. w., sagte man nun, mangelt doch jedes dingliche Recht als Klagfundament, folglich kann der Begriff der Klage auf Gut sich nicht schlechtweg mit dem Begriffe der dinglichen Klage decken. Aber der Vordersatz ist unrichtig, das dingliche Recht ist eben Klagfundament, denn der Commodatar hat ein dingliches Recht an der Sache.

Wir kehren hier zu dem in § 76 für das deutsche Recht aufgestellten Unterscheidungsmerkmal der dinglichen und der persönlichen Rechte zurück; es fällt nicht mit dem des römischen vollständig zusammen, die Römer stellen hinter die blosse Detention kein dingliches Recht als die Abstraction derselben, die Deutschen kennen diese römische Detention gar nicht, sondern nur eine Gewere, deren rechtliche Abstraction ein dingliches Recht sein muss. So ist auch der Commodatar zu einem jus in re gekommen und zu einer actio in rem.

Trotzdem aber ist Begriff und Wesen des dinglichen und des persönlichen Rechts, der dinglichen und der persönlichen Klage bei den Römern und bei den Deutschen dasselbe.

Wie nun im Klagensystem der Gegensatz von dinglichen und persönlichen Klagen mit bewusster Erkenntnis ist durchgeführt worden, so sehr, dass die in der Theorie etwa des Richtsteiges herrschende Unklarheit keinerlei Einfluss auf die weitere Darstellung der einzelnen Klagen, geschweige denn auf die Praxis hatte[18], ebenso beherrscht sicher und ungetrübt der Gegensatz von dinglichen und persönlichen Rechten das Vermögensrechtssystem, und man kann in dem ganzen Bau desselben die planmässige Unterordnung der Rechte unter diese zwei Hauptarten nicht verkennen.

---

[18] So, um nur den einen zwischen Laband und Planck hauptsächlich streitigen Punkt nochmals zu nennen, hätte gar kein Zweifel darüber aufkommen können, dass eine Klage des Käufers auf Lieferung der gekauften Sache Klage um Schuld, nicht Klage auf Gut sei. Denn sofort, wenn der Kläger die Klagformel malo ordine possides hätte verwenden wollen, wäre ihm zum Bewusstsein gekommen, dass er sich damit auf falschen Weg begebe. Er musste sich sofort selbst sagen, dass er auf diese Klage die Antwort bekommen werde: non malo ordine teneo, sed emi a Marcoardo, oder sed mihi per successionem patris mei advenit oder dgl., und dass er dieser Antwort gegenüber nur werde replicieren können: vere tu a Marcoardo emisti, vere tibi per successionem advenit, sed mihi vendidisti, eine Wendung, wodurch ja in der That der Boden der Klage auf Gut verlassen und die Klage um Schuld eingeleitet war, die der Beklagte nun mit dem einfachen de torto me appellas, non vendidi tibi, elidieren konnte. Halten wir nun die Klage auf Rückgabe einer geliehenen Sache dagegen: malo ordine possides bovem. Antwort: non malo ordine, quia mihi locasti et prestitisti. Replik: vere locavi et prestiti, sed finitum est tempus locationis. Damit wird der Erwerb des Beklagten als ein zum fortgesetzten Innehaben der Sache untauglicher erklärt (während bei der Klage des Käufers die Replik mihi vendidisti den Erwerb des Beklagten ausser Betracht lässt und in seinem vollen Werthe anerkennt); daher darf der Leihende dann den Nachweis führen, dass die Leihezeit abgelaufen und also das Innehaben des Beklagten ein unrechtes ist, nicht aber der Commodatar duplicieren: nondum finitum est tempus locationis, und durch den Eid darüber der Klage entgehen.

Cat

